

Texte pseudonymisé

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

Arrêt N°208/23 – I – CIV (aff. fam.)

Arrêt civil

Audience publique du huit novembre deux mille vingt-trois

Numéro CAL-2023-00742 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.) en France, demeurant à L-ADRESSE2.),

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

représentée par Maître Guillaume LOCHARD, avocat à la Cour, demeurant
à Luxembourg,

e t :

PERSONNE2.), né le DATE2.) à ADRESSE3.), demeurant à L-ADRESSE4.),

intimé aux fins de la susdite requête,

représenté par Maître Joëlle CHRISTEN, avocat à la Cour, demeurant à
Luxembourg,

en présence de :

Maître Julie DURAND, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, représentant les intérêts des enfants communs mineurs PERSONNE3.), née le DATE3.), et PERSONNE4.), né le DATE4.).

LA COUR D'APPEL :

Saisi d'une requête de PERSONNE1.) (ci-après PERSONNE1.) dirigée contre PERSONNE2.), déposée le 29 mars 2023 au greffe du juge aux affaires familiales près le tribunal d'arrondissement de Luxembourg et tendant, notamment, à se voir autoriser à déménager à Cannes en France avec les enfants communs mineurs PERSONNE3.) (ci-après PERSONNE3.)), née le DATE3.), et PERSONNE4.), né le DATE4.), et à voir fixer les modalités du droit de visite et d'hébergement à accorder au père dans ce cas, le juge aux affaires familiales près le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a :

- par ordonnance du 17 mai 2023, désigné Maître Julie DURAND, avocat des enfants PERSONNE3.) et PERSONNE4.), avec la mission de les entendre, de les assister et, le cas échéant, de les représenter dans le cadre du litige relatif à la procédure pendante entre leurs parents, et
- par jugement contradictoire du 6 juillet 2023, notamment :
 - o dit la demande de PERSONNE1.) en autorisation de déménager en France à Cannes avec les enfants communs recevable mais non fondée et lui a interdit de déménager en France avec les enfants,
 - o fixé le domicile légal et la résidence habituelle des enfants auprès de leur père « à partir du jour du déménagement de PERSONNE1.) vers la France »,
 - o accordé un droit de visite et d'hébergement à l'égard des enfants à PERSONNE1.) « à partir du jour de son déménagement en France »,
 - o dit que dans l'hypothèse où PERSONNE1.) reviendra habiter au Luxembourg, les modalités de résidence des mineurs pourront être revues d'un commun accord par les parties, et à défaut d'accord, déterminées par le juge aux affaires familiales sur base d'une nouvelle requête, et
 - o fait masse des frais et dépens et les a imposés pour moitié à chacune des parties.

De ce jugement, qui lui a été notifié le 11 juillet 2023, ainsi que de l'ordonnance du 17 mai 2023, PERSONNE1.) a relevé appel par requête déposée le 24 juillet 2023 au greffe de la Cour d'appel.

Suivant ordonnance du 25 septembre 2023, la Cour a délégué la présente affaire à un magistrat unique sur base de l'article 1007-10 du Nouveau Code de procédure civile.

L'appelante demande à la Cour :

- d'annuler l'ordonnance n° 2023TALJAF/001731 rendue le 17 mai 2023, sinon d'écarter toute défense de la cause des mineurs, qui n'a pas lieu d'être, et
- par réformation du jugement du 6 juillet 2023 :
 - o de fixer le domicile légal et la résidence habituelle des enfants PERSONNE3.) et PERSONNE4.) auprès de leur mère en France, à F-ADRESSE5.), et
 - o d'accorder au père un droit de visite et d'hébergement avec partage des frais de voyage des enfants.

Elle sollicite encore une indemnité de procédure de 1.500 euros sur le fondement de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile, ainsi que la condamnation de l'intimé aux frais et dépens de l'instance, avec distraction au profit de son mandataire sur ses affirmations de droit.

PERSONNE1.) reproche au juge aux affaires familiales d'avoir, par ordonnance du 17 mai 2023, désigné un avocat aux enfants sur base de l'article 388-1 du Code civil, nonobstant le fait que les mineurs ne sont pas capables de discernement, en tout cas en ce qui concerne le cadet, la fille aînée PERSONNE3.) étant plus mature. Elle ajoute qu'en vertu de l'article 388-1 du Code civil, l'avocat ne peut pas avoir pour mission de « *représenter* » les enfants.

Elle conclut, par conséquent, à l'annulation de cette ordonnance et, subsidiairement, étant donné que les mineurs ne sont pas parties à l'instance et que leur cause n'a pas à être défendue, à ce que toute déclaration orale participant plus de la défense de leur cause que de l'expression de leurs sentiments soit écartée des débats.

En ce qui concerne le jugement du 6 juillet 2023, PERSONNE1.) reproche au juge aux affaires familiales de lui avoir, à tort et sans base légale, interdit de déménager en France avec les enfants communs. Elle estime que c'est également à tort que le juge aux affaires familiales a fixé le domicile légal et la résidence habituelle des enfants auprès du père par une décision « *in futurum* » ne prenant effet qu'à partir du jour du déménagement de la mère en France.

Critiquant l'approche du juge aux affaires familiales, qui semble souhaiter que rien ne change, que l'appelante reste au Luxembourg ou, si elle déménage, qu'elle se ravise et revienne, elle souligne qu'elle est libre de vivre où elle l'entend et que sa décision de vivre à Cannes n'est pas un fait à débattre, la seule question se posant au juge est celle de la fixation du domicile légal et de la résidence habituelle de PERSONNE3.) et de PERSONNE4.) en fonction des critères prévus à l'article 1007-54 du Nouveau Code de procédure civile.

Or, à cet égard, le juge aux affaires familiales aurait opté pour un complet bouleversement de la vie des enfants, qui ont toujours vécu auprès de leur mère, allant jusqu'à exclure la possibilité pour les enfants de rendre visite à leur mère à Cannes les week-ends, pour leur éviter le stress causé par les voyages en avion et éviter d'entraver leur intégration sociale et sportive au Luxembourg.

PERSONNE1.) expose qu'elle a travaillé en tant qu'indépendante au Luxembourg et qu'elle disposait de ce fait de beaucoup de liberté pour s'occuper de PERSONNE3.) et de PERSONNE4.), qui n'ont en conséquence jamais fréquenté de foyer scolaire. PERSONNE2.) ne prenait, contrairement à ce qu'il soutient maintenant, que des responsabilités « *de surface* ». C'est notamment pour cette raison que les parties ont, suivant convention de divorce par consentement mutuel, décidé de fixer le domicile légal et la résidence habituelle des enfants communs auprès de leur mère, cette décision n'ayant jamais été remise en cause.

D'après l'appelante, le déménagement à Cannes lui permettrait de conserver son statut d'indépendante et de faire usage de la flexibilité que lui offre ce statut pour s'occuper de PERSONNE3.) et de PERSONNE4.). Il permettrait ainsi aux enfants de garder leurs points d'ancrage, d'être scolarisés à la « *ORGANISATION1.)* », soit dans un système scolaire identique à celui qu'ils ont fréquenté jusqu'en juillet 2023, de garder le même système parascolaire également et de ne pas devoir fréquenter le foyer scolaire. Elle ajoute que le meilleur copain de PERSONNE4.) sera également scolarisé à la « *ORGANISATION1.)* ». Le changement de ville et de pays perturberait donc moins le quotidien des enfants que le transfert de leur résidence auprès de leur père, qui aurait également pour conséquence un changement d'établissement scolaire, qui imposerait aux enfants de fréquenter désormais le foyer scolaire après l'école ou d'être pris en charge par des grands-parents paternels, qui n'étaient que marginalement impliqués dans la vie des enfants auparavant.

PERSONNE2.) conclut à l'irrecevabilité de l'appel en ce qu'il est dirigé contre l'ordonnance du 17 mai 2023, étant donné que l'article 1007-50 du Nouveau Code de procédure civile dispose expressément que les ordonnances de nomination d'un avocat à l'enfant ne sont pas susceptibles d'appel. Il précise encore que la décision du juge aux affaires familiales de désigner un avocat pour les enfants est intervenue de l'accord des parties, après que la question ait été débattue à l'audience.

L'intimé conclut, à titre subsidiaire, au caractère infondé de l'appel sous ce rapport, alors que l'article 388-1 du Code civil prévoit la possibilité pour le juge d'entendre un mineur concerné par une procédure ou de désigner une personne à cet effet. Il poursuit que la question de savoir si un mineur est capable de discernement relève de l'appréciation souveraine du juge, qui n'est, par ailleurs, pas lié par les dires de l'enfant.

Il estime encore que l'avocate de PERSONNE3.) et de PERSONNE4.) a, en l'occurrence, respecté sa mission, qui consistait à recueillir la parole des enfants et à défendre leurs intérêts.

En ce qui concerne le jugement entrepris, PERSONNE2.) conclut à la confirmation de la décision du juge aux affaires familiales de fixer auprès de lui le domicile légal et la résidence habituelle de PERSONNE3.) et de PERSONNE4.). Il conclut également à la confirmation de la décision relative au droit de visite et d'hébergement attribué à PERSONNE1.) en période scolaire.

L'intimé interjette appel incident en rapport avec le droit de visite et d'hébergement attribué à la mère pour les périodes de vacances scolaires et demande à voir partager entre les parents (i) les vacances de Carnaval, une année sur l'autre, (ii) les vacances de Pâques et de Noël, à raison d'une semaine pour chaque parent, et (iii) les vacances d'été par moitié, à raison de périodes de quinze jours.

Il expose que l'appelante vit au Luxembourg depuis 2011, que les parties se sont mariées en 2014 et se sont séparées en 2021, l'appelante s'étant alors installée à ADRESSE6.) dans un logement appartement à son père. Contrairement à ce que soutient l'appelante, PERSONNE2.) a toujours été un père engagé et il a maintenu un contact journalier avec PERSONNE3.) et PERSONNE4.) même après la séparation des parties. Il explique qu'il a repris l'ancien domicile conjugal des parties à ADRESSE7.), qu'il l'a ensuite vendu afin d'acquérir un immeuble à ADRESSE8.), dans le but de se rapprocher du domicile de la mère, qui se situait à ADRESSE6.) à l'époque, et de voir instaurer une résidence en alternance des enfants. Dans ce but, PERSONNE2.), qui travaille en tant qu'agent pénitentiaire à ADRESSE9.), a également aménagé son horaire de travail afin de ne plus travailler les week-ends et d'avoir un horaire fixe afin d'être plus disponible pour PERSONNE3.) et PERSONNE4.).

D'après l'intimé, la situation financière de l'appelante n'est pas transparente. Elle travaillait dans une société de son père au Luxembourg, qui aurait fait un aveu de faillite, et elle projette de travailler dans une autre société de son père à Cannes, raison pour laquelle elle y a déménagé, mais ne fournit aucune preuve au sujet de cette nouvelle position. Il ajoute que l'appelante n'a fait aucune recherche pour trouver un autre travail au Luxembourg.

Les enfants, qui étaient scolarisés à la ORGANISATION2.) sur insistance de leur mère, le grand-père maternel ayant pris en charge les frais conséquents de cette école, vont désormais au ORGANISATION3.), qui offre une scolarité suivant le système anglais. Ils y sont bien intégrés et fréquentent la maison-relais uniquement les lundis, mercredis et vendredis de 15.30 heures à 17.30 heures. Les mardis, leur grand-mère les emmène aux entraînements de tennis et de football à ADRESSE8.), où ils retrouvent leurs copains de classe, et ils passent l'après-midi du jeudi avec leur grand-mère jusqu'à 17.30 heures. PERSONNE2.) précise encore que PERSONNE1.) a inscrit les enfants à la « ORGANISATION1.) » sans son accord et sans l'avoir consulté au préalable.

L'intimé insiste que les enfants, qui sont désormais bien intégrés à ADRESSE8.), où ils vont à l'école et ont toutes leurs activités extra-scolaires avec leurs copains, ont trouvé à ADRESSE8.) une plus grande stabilité que celle qu'ils avaient précédemment, en fréquentant l'école ORGANISATION2.).

L'avocate des enfants PERSONNE3.) et PERSONNE4.), Maître Julie DURAND, estime qu'il n'y a pas de base légale pour attaquer la nomination d'un avocat pour les enfants et, même à supposer qu'un appel puisse être interjeté à l'encontre d'une telle décision, il serait en l'occurrence hors délai. Enfin, elle donne à considérer que sa désignation par le juge aux affaires

familiales a eu lieu de l'accord des parties et que l'appelante ne saurait revenir sur cet accord.

Elle explique encore que, faute de définition légale d'un âge de discernement, les capacités de discernement d'un enfant sont souverainement appréciées par les juges du fond. Elle poursuit que la mission de l'avocat des enfants ne se limite pas à rapporter la parole des enfants, mais qu'il lui appartient également de défendre l'intérêt des enfants, qui ne disent pas toujours ce qui est dans leur intérêt.

D'après Maître Julie DURAND, les enfants ont une bonne relation avec les deux parents et, d'après leurs dires, le père n'était pas seulement un « *papa week-end* », comme le soutient la mère, mais il était toujours impliqué dans leur vie.

En ce qui concerne le déménagement à Cannes, PERSONNE4.) avait, avant l'audience devant le juge aux affaires familiales, exprimé le souhait de voir son père plus souvent, tandis que PERSONNE3.), qui était plus ambivalente, était favorable à un déménagement en France, qu'elle justifiait cependant par les besoins de sa mère.

Lorsqu'elle a revu les enfants le 14 septembre 2023, ils étaient excités de commencer l'école et ils lui ont parlé de « PERSONNE5.) », la grand-mère paternelle, qui n'était pas absente de leur vie auparavant, contrairement aux affirmations de PERSONNE1.).

Maître Julie DURAND donne à considérer qu'il s'agit d'un choix cornélien pour les enfants. Elle souligne que pour les enfants, devoir prendre l'avion chaque deuxième week-end, pour se rendre auprès de leur père, est une obligation contraignante, que cela deviendra d'autant plus difficile à imposer dès qu'ils auront des activités les week-ends, de sorte que le risque que la relation avec le père se perde au fil du temps est réel.

En réplique aux développements adverses, PERSONNE1.) donne à considérer que le débat sur la question de savoir si elle a recherché un travail au Luxembourg constitue une intrusion injustifiée dans sa vie privée.

Elle fait valoir que la séparation des parties et la distance entre leurs domiciles respectifs est un fait désormais entériné, mais qu'elle garde un pied-à-terre à Luxembourg et qu'elle est prête à amener les enfants au Luxembourg pour permettre au père d'exercer son droit de visite et d'hébergement.

Appréciation de la Cour

L'appel est recevable quant à la forme et au délai.

- L'ordonnance du 17 mai 2023

Aux termes de l'article 1007-54 du Nouveau Code de procédure civile, le juge aux affaires familiales peut, lorsqu'il se prononce sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale, comme en l'espèce, prendre en considération, notamment, « *les sentiments exprimés par l'enfant mineur*

lorsqu'ils sont exprimés dans les conditions prévues à l'article 388-1 » du Code civil.

L'article 388-1 du Code civil prévoit, en son premier alinéa, que « 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 ».

Dans l'ordonnance du 17 mai 2023, dont PERSONNE1.) sollicite l'annulation, le juge aux affaires familiales a décidé, au visa de l'article 388-1 du Code civil, après avoir retenu que les enfants PERSONNE3.) et PERSONNE4.) ont le discernement nécessaire pour être entendus en justice, de nommer un avocat *« pour les entendre, les assister et, le cas échéant, rapporter les paroles de l'enfant en leur absence ».*

Le juge aux affaires familiales a ainsi usé de la faculté lui conférée par l'article 388-1 précité de désigner un auxiliaire de justice pour procéder à sa place à l'audition du mineur. L'ordonnance critiquée n'est partant pas une décision juridictionnelle, mais un acte d'administration judiciaire tendant à organiser la mise en œuvre d'une mesure d'instruction, en l'occurrence, l'audition d'un mineur. En tant que telle, elle n'est pas susceptible de recours.

L'appel interjeté par PERSONNE1.) à l'encontre de l'ordonnance du 17 mai 2023 est partant irrecevable.

Il convient encore de préciser, d'une part, que l'article 388-1 du Code civil dispose, en son alinéa (5), que *« l'audition du mineur ne lui confère pas la qualité de partie à la procédure ».* La décision du juge aux affaires familiales d'inclure dans les missions confiées à Maître Julie DURAND, celle de *« représenter », « le cas échéant »,* les enfants PERSONNE3.) et PERSONNE4.), ne les rend pas parties au litige entre leurs parents. D'autre part, il est admis que le juge du fond apprécie souverainement la parole de l'enfant, le cas échéant, telle qu'elle lui est rapportée par l'auxiliaire de justice qu'il a délégué à cet effet, il n'y a dès lors pas lieu d'écarter des débats les développements de Maître Julie DURAND.

- Le domicile légal et la résidence habituelle de PERSONNE3.) et de PERSONNE4.)

Le juge de première instance a rappelé correctement que, conformément aux articles 378 et 378-1 du Code civil, en cas de désaccord des parents sur le choix du domicile ou sur la résidence de l'enfant, le tribunal peut être saisi par l'un d'eux afin de fixer judiciairement le domicile légal et la résidence habituelle de l'enfant.

S'il en est ainsi notamment en cas de changement de domicile de l'un des parents, il n'appartient pas au juge aux affaires familiales, tel que le fait plaider l'appelante à juste titre, de s'interroger sur les efforts déployés par le parent qui change ou projette de changer de domicile pour préserver le *status quo ante*, une telle interrogation étant étrangère à la question qui se pose au juge, qui est celle de la fixation du domicile légal et la résidence habituelle d'un enfant.

Le seul critère à prendre en considération dans ce cadre est l'intérêt et le bien-être de l'enfant, toutes autres considérations, y compris les convenances personnelles des parents, ne sont que secondaires.

L'appréciation du juge, qui est souveraine sous ce rapport, doit se faire *in concreto*, eu égard aux circonstances de fait tenant à l'enfant ou aux parents. Il pourra ainsi tenir compte de la pratique que les parents ont précédemment suivie, de l'aptitude de chacun des parents à assumer ses devoirs et à respecter les droits de l'autre, du résultat d'expertises ou d'enquêtes sociales le cas échéant effectuées, ainsi que les sentiments exprimés par l'enfant. Dans ce dernier cas, le juge n'est cependant pas lié par le désir de l'enfant ou tenu de se conformer aux souhaits qu'il a exprimés.

En l'occurrence, il est constant que les deux parents disposent des capacités éducatives requises pour s'occuper de leurs enfants, qu'ils sont tous les deux impliqués dans la vie des enfants depuis toujours et que les enfants sont attachés aux deux parents.

La Cour constate ensuite que les environnements respectifs que les parents sont aptes à offrir aux enfants, en ce compris les conditions de logement, de scolarisation et de socialisation, sont équivalents. Ces critères ne permettent dès lors pas de départager les parents.

Un des principes essentiels du droit des enfants mineurs réside dans le maintien des liens avec chacun de leurs parents en cas de séparation de ceux-ci, droit qui est consacré notamment par la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, ratifiée par la loi du 20 décembre 1993. Ce droit de l'enfant, s'il ne réduit pas, en principe, la liberté de choix du parent et l'éventail des choix de vie dont il dispose, a inévitablement une incidence au niveau des conséquences de la voie choisie sur la relation entre le parent et l'enfant.

En l'espèce, eu égard à la distance entre les domiciles des parents, le critère déterminant est celui de la préservation du lien des enfants avec le parent auprès duquel ils ne résideront pas habituellement et qui ne les verra qu'à travers l'exercice d'un droit de visite et d'hébergement.

Compte tenu de l'âge des enfants et de la stabilité dont ils ont besoin, il n'est pas dans leur intérêt de leur imposer d'effectuer, chaque deuxième week-end, un aller-retour en avion pour permettre à l'un des deux parents d'exercer un droit de visite et d'hébergement. Il appartiendra par conséquent au parent exerçant son droit de visite et d'hébergement de se déplacer auprès des enfants et non l'inverse. Dans ce contexte, il est également préférable, dans l'optique de l'intérêt supérieur des enfants, que le parent qui exerce son droit de visite et d'hébergement puisse le faire dans un cadre stable.

Etant donné que PERSONNE1.) a vécu au Luxembourg pendant de nombreuses années, qu'elle y a donc nécessairement des attaches et qu'elle y a gardé un pied-à-terre, tandis que ni PERSONNE2.), ni les enfants, qui ont toujours vécu au Luxembourg, n'ont d'attaches à Cannes, le droit de visite et d'hébergement nécessaire au maintien d'un contact régulier et étroit

avec les enfants pourra s'exercer au Luxembourg dans des conditions plus sereines pour les enfants qu'à Cannes.

La Cour constate encore que PERSONNE3.) et PERSONNE4.) sont actuellement scolarisés

Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, le juge aux affaires familiales est à approuver pour avoir fixé le domicile légal et la résidence habituelle de PERSONNE3.) et de PERSONNE4.) auprès de leur père et l'appel de ce chef n'est pas fondé.

- Le droit de visite et d'hébergement pendant les vacances scolaires

PERSONNE1.) n'ayant formulé aucune opposition circonstanciée à l'appel incident de PERSONNE2.), tendant à voir modifier les modalités de l'exercice du droit de visite et d'hébergement pendant les vacances scolaires, il y a lieu de faire droit à l'appel incident et de réformer la décision entreprise en ce sens, qui est conforme à l'intérêt des enfants.

- Les demandes accessoires

PERSONNE1.) succombant en instance d'appel, sa demande en allocation d'une indemnité de procédure n'est pas fondée et elle doit en supporter les frais et dépens.

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 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,

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

reçoit les appels principal et incident en la forme,

dit l'appel principal de PERSONNE1.) irrecevable en ce qu'il est dirigé contre l'ordonnance n° 2023TALJAF/001731 du 17 mai 2023,

dit l'appel principal recevable pour le surplus,

le dit non fondé,

dit l'appel incident de PERSONNE2.) fondé,

réformant,

dit qu'en période de vacances scolaires le droit de visite et d'hébergement de PERSONNE1.) à l'égard des enfants communs mineurs PERSONNE3.), née le DATE3.), et PERSONNE4.), né le DATE4.), s'exercera suivant les modalités à convenir entre parties, sinon :

- pendant la moitié des vacances d'été, à raison de périodes de quinze jours,
- pendant la première moitié des vacances de Pâques et de Noël les années paires et pendant la seconde moitié les années impaires, et
- pendant les vacances de Carnaval les années paires,

confirme pour le surplus le jugement déferé dans la mesure où il est entrepris,

dit non fondées les demandes des parties 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 :

Anne MOROCUTTI, conseiller-président,
Laetitia D'ALESSANDRO, greffier.