

Texte pseudonymisé

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

Arrêt N°229/23 - I – Référé exceptionnel (aff.fam.)

Arrêt civil

Audience publique du vingt-neuf novembre deux mille vingt-trois

Numéro CAL-2023-01042 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.) au Togo, demeurant à L-ADRESSE2.),

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

représenté par Maître Laura MAY, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

PERSONNE2.), née le DATE2.) à ADRESSE3.) au Togo, demeurant à L-ADRESSE4.),

intimée aux fins de la susdite requête,

représentée par Maître Jalle DURNA, en remplacement de Maître Anne HERTZOG, avocats à la Cour, les deux demeurant à Luxembourg.

en présence de

Maître Joëlle CHRISTEN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, assistant et représentant les intérêts des enfants communs mineurs PERSONNE3.), né le DATE3.), PERSONNE4.), née le DATE4.), et PERSONNE5.), née le DATE5.).

LA COUR D'APPEL

Saisi d'une requête d'PERSONNE2.) déposée au greffe du tribunal d'arrondissement de Luxembourg le 18 octobre 2023, dirigée contre PERSONNE1.) et tendant à voir suspendre le droit de visite et d'hébergement accordé au père par jugement de 13 juillet 2023 à l'égard de l'enfant commune PERSONNE5.) (ci-après PERSONNE5.), née le DATE5.), et à entendre condamner PERSONNE1.) à lui payer une indemnité de procédure de 1.500 euros sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile, le juge aux affaires familiales près le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a, par ordonnance du 26 octobre 2023,

- dit la demande d'PERSONNE2.) sur base l'article 1007-11 (1) du Nouveau Code de procédure civile recevable et fondée,
- partant, suspendu les modalités du droit de visite et d'hébergement accordé à PERSONNE1.) à l'égard de l'enfant commune PERSONNE5.), telles que fixées par le jugement n° 2023TALJAF/002609 rendu le 13 juillet 2023,
- donné acte à PERSONNE2.) qu'elle est d'accord à ce que PERSONNE1.) rencontre l'enfant PERSONNE5.) au sein du Service Treff-Punkt dès la reprise des rencontres par le prédit service,
- dit que le droit de visite de PERSONNE1.) envers l'enfant commune mineure PERSONNE5.) est à exercer par l'intermédiaire du Service Treff-Punkt selon les modalités suivantes :
 - PERSONNE1.) a l'obligation de contacter Service Treff-Punkt et d'informer PERSONNE2.) de l'accomplissement de cette démarche,
 - le déroulement des visites est à convenir dans un premier temps par les parties avec ledit établissement, mais est censé tendre à terme à une fréquence de deux fois par mois,
- dit la demande d'PERSONNE2.) en obtention d'une indemnité de procédure sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile recevable, mais non fondée,
- dit la demande de PERSONNE1.) en obtention d'une indemnité de procédure sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile recevable, mais non fondée,
- ordonné l'exécution provisoire,
- fait masse des frais et dépens de l'instance d'appel et les a imposés à hauteur de la moitié à chacune des parties.

De cette ordonnance, PERSONNE1.) a relevé appel suivant requête déposée au greffe de la Cour d'appel le 31 octobre 2023 aux fins de voir, par réformation, déclarer irrecevable la demande d'PERSONNE2.) pour défaut d'urgence absolue, sinon l'entendre dire non fondée, partant voir maintenir les modalités du droit de visite et d'hébergement lui accordées à l'égard de l'enfant commune PERSONNE5.) par jugement du 13 juillet 2023 jusqu'à la continuation des débats, le 14 décembre 2023. L'appelant demande, en tout état de cause, la condamnation de l'intimée à lui payer une indemnité de procédure de 1.500 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, il expose que les parties, divorcées suivant jugement du 21 juin 2021, ont trois enfants communs mineurs PERSONNE3.), né le DATE3.), PERSONNE4.), née le DATE4.), et

PERSONNE5.), née le DATE5.). Suivant jugement du 13 décembre 2021, le juge de la jeunesse a ordonné le maintien en milieu familial des trois enfants mineurs sous certaines conditions, dont notamment celle que leurs parents les tiennent en dehors de leurs conflits et il a placé les enfants sous le régime de l'assistance éducative.

Par jugement du 26 janvier 2023, le juge aux affaires familiales a fixé la résidence des enfants communs mineurs PERSONNE3.) et PERSONNE4.) auprès de PERSONNE1.) et la résidence habituelle de l'enfant commune mineure PERSONNE5.) auprès d'PERSONNE2.). En période scolaire, PERSONNE2.) s'est vue accorder un droit de visite et d'hébergement à l'égard des enfants communs mineurs PERSONNE3.) et PERSONNE4.) et PERSONNE1.) s'est vu accorder un droit de visite et d'hébergement à l'égard de l'enfant commune mineure PERSONNE5.). Les modalités de résidence des enfants communs pendant les périodes de vacances scolaires ont également été déterminées par ce jugement.

Suivant jugement du 13 juillet 2023, le juge aux affaires familiales a ordonné une expertise toxicologique sur la personne de PERSONNE1.) et une expertise psychiatrique sur les personnes de PERSONNE1.) et d'PERSONNE2.), ordonné à PERSONNE2.) et à PERSONNE1.) de prendre contact, dans un délai de 15 jours à partir du jugement, avec l'Office National de l'Enfance en vue de solliciter, pour le compte des enfants communs mineurs PERSONNE3.) et PERSONNE4.), une thérapie incluant au besoin et sur accord de ces derniers également les parents, fixé la résidence habituelle des enfants communs mineurs PERSONNE3.) et PERSONNE4.), provisoirement auprès d'PERSONNE2.) à partir du moment où elle aura intégré son nouveau logement et accordé à PERSONNE1.) un droit de visite et d'hébergement provisoire à l'égard des trois enfants communs mineurs PERSONNE3.), PERSONNE4.) et PERSONNE5.) à partir du moment où la résidence habituelle des trois enfants est transférée à PERSONNE2.), en période scolaire, chaque deuxième week-end du vendredi à la sortie de l'école/crèche au dimanche à 18.30 heures, ainsi que chaque mercredi de la sortie de l'école/crèche jusqu'à 19.00 heures, et pendant les périodes de vacances scolaires, selon les mêmes modalités que celles fixées par le jugement du 26 janvier 2023.

C'est par rapport à la suspension par le juge aux affaires familiales de ce droit de visite et d'hébergement à l'égard de l'enfant cadette PERSONNE5.) que l'appelant conteste l'existence d'une situation d'urgence absolue justifiant cette mesure et plus spécialement que les enfants communs soient en danger auprès de lui. Il conteste l'exposé des faits du DATE6.) par PERSONNE2.) et plus spécialement qu'il ait frappé celle-ci et qu'il ait perdu connaissance. Ce serait donc à tort qu'PERSONNE2.) aurait refusé de lui remettre l'enfant PERSONNE5.) le DATE6.). Les enfants désireraient le maintien du système actuellement en place en dépit de la persistance, depuis des années, d'un grave conflit entre les parents. Il relève que l'intimée, soutenant que les trois enfants se trouvent en danger auprès de leur père, ne demande toutefois que la suspension du droit de visite et d'hébergement de ce dernier qu'à l'égard de la fille cadette. Le maintien par les enfants du contact avec leurs deux parents serait un droit élémentaire de ceux-ci que le juge ne pourrait refuser qu'en cas de danger pour la santé physique ou psychique des enfants. L'appréciation devrait se faire en vertu du principe de proportionnalité. En l'occurrence, la suspension décidée par le juge de première instance serait préjudiciable à PERSONNE5.) pour

entraîner une réduction du temps de contact entre la fratrie. PERSONNE1.) soutient pour le surplus qu'il s'est plié à toutes les demandes du juge aux affaires familiales, que le test d'alcoolémie effectué affiche un résultat négatif, qu'PERSONNE2.) n'a pas respecté le principe de la coparentalité en refusant de lui remettre l'enfant PERSONNE5.) fin octobre 2023, qu'il a contacté à deux reprises l'expert psychiatre désigné par le juge aux affaires familiales, mais sans succès et il conteste finalement souffrir d'un problème neurologique.

PERSONNE2.) relate de son côté que la situation entre les parties est très conflictuelle et qu'une décision en matière de violence domestique a été prise à l'encontre de PERSONNE1.) le 17 juin 2022. Dans le cadre du référé exceptionnel ayant donné lieu à l'ordonnance du 24 mai 2023, elle avait déjà demandé la suspension du droit de visite du père à l'égard des trois enfants communs au motif que le père n'avait pas ramené l'enfant cadette auprès d'elle à la fin de son droit de visite et d'hébergement du week-end, mais l'a remise à la crèche le lendemain en fin de matinée sans donner d'explications ni au personnel de la crèche, ni à la mère. Le juge de la jeunesse aurait également constaté lors de l'audition des parties que PERSONNE1.) ne remet pas en question son propre comportement et nuit ainsi aux enfants communs. Suite au jugement du 13 juillet 2023 et au déménagement de la mère le 25 juillet 2023, les trois enfants communs vivent actuellement auprès d'PERSONNE2.).

Dans le cadre de la présente affaire, l'urgence absolue serait décrite dans la requête introductive d'instance et elle consisterait dans le comportement dangereux adopté par PERSONNE1.) le DATE6.) lors du passage de bras de l'enfant PERSONNE5.) devant le domicile d'PERSONNE2.). L'appelant se serait présenté au rendez-vous dans un état second, qui a également pu être constaté par les agents de police se trouvant sur place, auxquels PERSONNE1.) a avoué avoir consommé des stupéfiants pour se rétracter ensuite lors de son audition au commissariat. Les agents verbalisateurs auraient également constaté la blessure à la lèvre d'PERSONNE2.) et du sang frais sur les doigts de PERSONNE1.), de sorte qu'il serait établi que le père a agressé la mère qui tenait l'enfant âgée de 3 ans dans les bras. Finalement, les agents de police auraient assisté à la chute de PERSONNE1.) et à sa perte de connaissance le DATE6.).

Il s'ajouterait que PERSONNE1.) n'aurait pas fait les diligences nécessaires pour faire effectuer l'expertise psychiatrique ordonnée par le juge aux affaires familiales, ni le test toxicologique, que l'expertise psychiatrique pratiquée sur PERSONNE2.) n'a pas relevé de maladie mentale dans le chef de celle-ci, mais au contraire sa capacité de s'occuper correctement des enfants communs, et que le test sanguin effectué sur PERSONNE1.) révèle une consommation régulière mais non excessive d'alcool. Ce ne serait pas la première fois que le père se serait présenté en état alcoolisé pour venir chercher les enfants auprès de la mère ou à la crèche.

Les faits constatés par les agents de police le DATE6.) auraient été tellement impressionnants que ceux-ci ont contacté le substitut de service qui a ordonné que les enfants demeurent auprès de la mère le week-end en question, alors qu'il était prévu que le père exerce son droit de visite et d'hébergement à l'égard de ceux-ci. Le procès-verbal concernant les faits du DATE6.) n'ayant été établi que récemment, PERSONNE2.) annonce qu'elle va demander la suspension du droit de visite et d'hébergement du père à

l'égard de tous les enfants communs sur cette base. PERSONNE5.) étant encore très jeune, elle serait l'enfant actuellement le plus fragile.

Depuis l'incident du DATE6.), la fille cadette n'arrêterait plus de parler de la police, de sorte qu'elle consulterait un psychologue le 20 novembre 2023. Le week-end du 11 au 12 novembre 2023, les enfants aînés auraient eu une compétition de natation et PERSONNE5.) y aurait également été présente avec la mère. Lorsque le père est arrivé, la fille cadette aurait crié « *maman, papa est là* » et elle aurait été prise de peur au point que la mère a dû quitter l'évènement avec elle.

PERSONNE2.) en conclut à la confirmation de l'ordonnance entreprise et elle demande l'allocation d'une indemnité de procédure de 1.500 euros.

L'avocat représentant l'enfant PERSONNE5.) qui a entendu l'enfant seule en dehors de la présence de la mère, relate que malgré son jeune âge, l'enfant n'est pas timide et a bien voulu lui parler de sa situation. Lors de l'entretien, elle aurait répété à plusieurs reprises « *papa a griffé maman et maman a griffé papa et la police est venue* » à la façon d'un mantra et elle aurait réaffirmé à plusieurs reprises de la même façon qu'elle veut « *maman, maman* ». Questionnée à ce sujet, la mère a confié à l'avocat que ces mêmes expressions répétitives de l'enfant se produisent à la crèche. L'avocat de l'enfant en conclut qu'PERSONNE5.) a assisté directement à une violente bousculade entre ses parents et qu'elle s'en trouve fortement troublée.

Il se dégagerait encore du rapport de police que le DATE6.) PERSONNE1.) se trouvait dans un état où il n'était pas apte à garder les enfants communs, peu importe pour quelle raison (alcool ou stupéfiants).

L'enfant de trois ans serait traumatisée par le comportement irresponsable du père et son avocat se fait de sérieux soucis pour le bien-être de l'enfant lorsqu'elle est auprès de son père. Il s'étonne aussi que, depuis quelques temps, le père se déplace en taxi alors qu'il disposait de sa propre voiture auparavant. Les deux enfants aînés souffriraient également des continuelles disputes entre leurs parents. PERSONNE4.) serait devenue une fille éteinte et le frère aîné s'isoleraient pour avoir la paix. Le représentant de l'enfant PERSONNE5.) s'exprime donc en faveur de la confirmation de l'ordonnance entreprise qui suspend provisoirement le droit de visite et d'hébergement du père à l'égard de l'enfant et qui met en place un droit de visite encadré en vue de maintenir le contact père-fille, pour rejoindre l'intérêt supérieur de l'enfant.

Concernant les mesures d'instruction ordonnées par le juge aux affaires familiales, PERSONNE1.) fait répliquer qu'il a contacté le docteur PERSONNE6.) en août 2023, mais que ce dernier avait une surcharge de travail, de sorte qu'aucun rendez-vous n'a été fixé. Comme l'expert devait également s'exprimer au sujet de sa consommation d'alcool, PERSONNE1.) s'attendait à ce que ce médecin lui prescrive les tests afférents, de sorte qu'il n'en a pas spontanément pris l'initiative. Concernant l'analyse des cheveux, il se serait toujours rasé ceux-ci, de sorte qu'il lui a fallu quelque temps pour avoir les cheveux à une longueur suffisante pour faire effectuer le test. Concernant le rapport de l'avocat d'PERSONNE5.), l'appelant relève que d'après l'enfant les parents se sont griffés mutuellement, de sorte que ce serait bien à cause du conflit entre les deux parents que les enfants

souffriraient et non pas de son comportement personnel. Il serait un père impliqué et ferait des efforts pour surmonter le grave conflit qui l'oppose à la mère.

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.

Le juge de première instance a correctement cité les dispositions de l'article 1007-11 du Nouveau Code de procédure civile et les principes applicables au référé exceptionnel en obtention de mesures provisoires, dont notamment celui que c'est seulement en cas d'urgence absolue qu'une partie peut former une requête en référé exceptionnel devant le juge aux affaires familiales, que cette urgence absolue doit être précisée dans la requête et qu'elle est à interpréter de manière restrictive dans le sens que la décision à prendre ne souffre aucun retard.

Le juge aux affaires familiales a également décidé à juste titre que, d'un point de vue formel, la requête en référé exceptionnel du 18 octobre 2023 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 saisi d'une requête au fond.

Concernant les faits du DATE6.) il se dégage du procès-verbal n° 32943/2023 du 10 octobre 2023 qu'entre 18.30 et 20.30 heures, la police de Dudelage est intervenue dans la ADRESSE5.), où elle a trouvé une femme qui se tenait sur les escaliers d'accès à un immeuble et qui saignait de la lèvre inférieure. Elle a été identifiée comme étant PERSONNE2.) et elle s'est plainte d'avoir été agressée par PERSONNE1.) lors du passage de bras de la fille commune mineure PERSONNE5.) en vue de l'exercice par le père de son droit de visite et d'hébergement du week-end.

Les parties étant en désaccord au sujet du déroulement exact des faits, il convient de se référer aux constatations personnelles des agents verbalisateurs. Ceux-ci ont relevé que PERSONNE1.) se trouvait visiblement sous influence de stupéfiants au moment des faits, que son discours était décousu et qu'il n'était que partiellement en mesure de répondre aux questions lui posées. Sur question spécifique lui posée au sujet de son état, PERSONNE1.) a avoué aux policiers avoir consommé de la marijuana ainsi que d'autres substances non autrement définies. Les agents ont également noté que l'air expiré par PERSONNE1.) sentait l'alcool et que son comportement était très changeant, allant d'une attitude agressive provocante à une attitude distante, voire dépressive. Les agents ont également relevé la présence de sang frais sur les doigts de PERSONNE1.) et le fait que ce dernier a esquivé leurs questions à ce sujet. A un moment donné PERSONNE1.) a informé les policiers qu'il était dépassé par la situation, il a commencé à trembler, il a essayé de prendre appui contre un poteau se trouvant derrière lui, mais il a perdu l'équilibre et il est tombé par terre. A l'arrivée de l'ambulance appelée par la police, PERSONNE1.) a refusé de se soumettre à un quelconque examen.

Au vu de ces éléments, la Cour tient pour établi, à l'instar du juge de première instance et en dépit des contestations ultérieures de PERSONNE1.), qu'il y a eu des violences entre parties et que PERSONNE1.) a causé la blessure

d'PERSONNE2.) à la lèvre inférieure relevée par les agents de police et photographiée par eux lors de l'audition de celle-ci le 13 octobre 2023. La photo actuellement versée par PERSONNE1.) n'est pas pertinente à ce sujet.

Il découle encore des constatations des agents de police que, le soir en question, PERSONNE1.) n'avait pas de comportement normal et qu'il ne se trouvait pas en état d'assurer la garde de l'enfant commune mineure PERSONNE5.), âgée de trois ans seulement, ni celle des deux autres enfants aînés. Il n'est cependant pas établi que PERSONNE1.) ait perdu connaissance.

Ces faits ne sont pas contredits par les pièces versées par PERSONNE1.) qui permettent même de retenir que pendant la période concernée PERSONNE1.) consommait régulièrement de l'alcool, même si ce n'est pas de manière excessive.

S'il se dégage du rapport de l'avocat de l'enfant qu'PERSONNE5.) dit que les deux parties se sont mutuellement griffées lors de la violente dispute du DATE6.), en sa présence, il en ressort aussi que l'enfant PERSONNE5.) a peur de son père, qu'elle cherche constamment la protection de sa mère et qu'elle va entamer un suivi psychologique en raison du discours répétitif étrange développé par elle et décrit par son avocat.

L'expertise neuropsychiatrique d'PERSONNE2.) du 17 octobre 2023 en vient finalement à la conclusion que la mère ne présente pas de pathologie psychiatrique aigue, ni de trouble de la personnalité, qu'elle est capable d'exercer l'autorité parentale à l'égard des enfants communs et qu'elle a les capacités nécessaires pour protéger les enfants dans leur sécurité, leur santé mentale et physique, d'assurer leur éducation et de permettre leur bon développement.

Le rapport au sujet des capacités éducatives du père et de son éventuel problème d'addiction n'a pas encore pu être finalisé pour des raisons propres à PERSONNE1.).

S'il se dégage des pièces versées que, conformément aux conclusions de PERSONNE1.), les deux parties se trouvent toujours dans un grave conflit, il en ressort aussi que le comportement de PERSONNE1.) tant à l'égard des responsables de la crèche (courriel du 4 mai 2023) qu'à l'égard de la mère et des responsables du foyer de la fondation Pro Familia (courrier de la Fondation du 10 mai 2023) se dégrade en ce qu'il devient agressif ou se présente en état alcoolisé lors des passages de bras de la fille cadette PERSONNE5.), de sorte que l'incident du DATE6.) s'inscrit dans une série de comportements de PERSONNE1.), contraires à l'intérêt d'PERSONNE5.) qui est la plus jeune enfant d'une fratrie de trois enfants et donc la plus vulnérable parmi ceux-ci.

Au vu de tous ces éléments et de la gravité des faits du DATE6.), l'ordonnance du 26 octobre 2023 est à confirmer en ce qu'elle a retenu l'existence de l'urgence absolue dans le chef d'PERSONNE5.) pour laquelle il n'est pas garanti qu'elle se trouve en sécurité auprès de son père pendant l'exercice du droit de visite et d'hébergement accordé à ce dernier par le jugement du 13 juillet 2023 et en ce qu'elle a suspendu ce droit de visite et d'hébergement de PERSONNE1.) à l'égard de la fille commune en le

remplaçant par un droit de visite encadré aux fins de maintenir un contact entre le père et sa fille.

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 sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile n'est pas fondée.

PERSONNE2.) n'établissant pas l'iniquité requise par l'article 240 du Nouveaux Code de procédure civile, sa demande introduite sur cette base n'est pas non plus fondée.

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 fondées les demandes des parties respectives en allocation d'une indemnité de procédure,

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

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.