

Texte pseudonymisé

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

Arrêt N°107/24 – I– CIV (aff. fam.)

Arrêt civil

Audience publique du quinze mai deux mille vingt-quatre

Numéro CAL-2024-00289 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.) en Slovaquie, demeurant à L-ADRESSE2.),

appelant aux termes d'une requête d'appel déposée au greffe de la Cour d'appel le 25 mars 2024,

représenté par la société à responsabilité limitée ETUDE D'AVOCATS WILTZIUS, ROSA, DE SOUSA SARL, établie et ayant son siège social à L-9254 Diekirch, 18, route de Larochette, inscrite sur la liste V du tableau de l'Ordre des Avocats du Barreau de Diekirch, immatriculée au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO1.), représentée aux fins de la présente procédure par Maître Giulia CASTELLANO, avocat en remplacement de Maître Sonia DE SOUSA FERREIRA, avocat à la Cour, les deux demeurant à Diekirch,

et :

PERSONNE2.), née le DATE2.) à ADRESSE3.) en Slovaquie, demeurant à L-ADRESSE4.),

intimée aux fins de la susdite requête,

représentée par Maître Jean-Georges GREMLING, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL

Saisi d'une requête de PERSONNE2.) dirigée contre PERSONNE1.) et tendant à voir modifier les modalités de la résidence habituelle des deux enfants communs, PERSONNE3.), né le DATE3.), et PERSONNE4.), né le DATE4.), ainsi que d'une demande reconventionnelle de PERSONNE1.) tendant à l'instauration d'une résidence en alternance égalitaire une semaine sur l'autre du lundi après les classes jusqu'au lundi suivant à la rentrée des classes et, subsidiairement, un droit de visite et d'hébergement élargi chaque deuxième semaine du mercredi au lundi à la rentrée des classes, le juge aux affaires familiales près du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, par jugement contradictoire du 9 février 2024, a

dit les demandes principale et reconventionnelle recevables,

dit la demande principale fondée,

dit la demande reconventionnelle non fondée,

dit que, par modification du jugement no.2022TALJAF/001701 du 31 mai 2022, les enfants communs PERSONNE3.) et PERSONNE4.) résident auprès de PERSONNE1.) :

- une semaine du jeudi à 14.00 heures au lundi à la rentrée des classes,
- la semaine suivante du jeudi à 14.00 heures au vendredi à la rentrée des classes,

ordonné l'exécution provisoire du jugement,

fait masse des frais et dépens de l'instance et les a imposés par moitié à chaque partie.

De ce jugement, qui lui a été notifié le 15 février 2024, PERSONNE1.) a relevé appel, par requête déposée au greffe de la Cour d'appel le 25 mars 2024.

Suivant ordonnance du 15 avril 2024, 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'appelant demande à la Cour, par réformation du jugement déféré, principalement, d'instituer une résidence en alternance égalitaire des enfants communs PERSONNE3.) et PERSONNE4.), une semaine auprès de chacun des parents, avec transition le lundi matin à la rentrée des classes, et pour autant que de besoin, d'instituer une résidence en alternance égalitaire pendant une période d'essai et de désigner un mandataire pour défendre les intérêts des enfants et d'exposer leur position en ce qui concerne la mise en place d'une résidence en alternance. Subsidiairement, PERSONNE1.) demande à se voir attribuer un droit de visite et d'hébergement élargi, à exercer, sauf meilleur accord des parties, les semaines « A » : de jeudi à 14.00 heures, à la sortie des classes jusqu'à

lundi matin à la rentrée des classes et les semaines « B ». de mercredi à 15.40 heures, à la sortie des classes jusqu'à vendredi matin à la rentrée des classes. Il sollicite, finalement, la condamnation de l'intimée aux frais et dépens de l'instance, avec distraction au profit de son mandataire, et l'allocation d'une indemnité de procédure de 1.000 euros.

A l'appui de son appel, PERSONNE1.) fait valoir que les modalités d'exercice de son droit de visite et d'hébergement retenues par le juge de première instance ne reflètent pas le souhait des enfants de voir leur père plus fréquemment, en ce que suite au changement décidé les enfants passeraient moins de temps avec leur père qu'auparavant. Il serait dans l'intérêt des enfants, âgés de 10 ans et de 7 ans et demi, de mettre en place un système de résidence en alternance égalitaire, en ce qu'un tel système leur procurerait plus de stabilité et d'équilibre que le système actuellement en place. PERSONNE1.) constituerait pour l'enfant PERSONNE4.) en particulier le principal repère de stabilité et celui-ci serait très attaché à son père. Les deux garçons auraient un besoin réel de partager leur quotidien et leurs activités sportives, à savoir le tennis pour PERSONNE3.) et le football pour PERSONNE4.), avec leur père. Au vu des modalités d'exercice du droit de visite et d'hébergement actuellement en place et au vu des horaires d'entraînement des enfants, il ne leur resterait pas assez de temps pour exercer régulièrement des activités sportives ensemble. PERSONNE1.) fait encore valoir que depuis le 1^{er} avril 2024, il ne travaille plus qu'à raison de 80%, de sorte que sa journée de travail se terminera à 15.00 heures, tout comme celle de la mère. De plus, il pourrait également faire du télétravail, de sorte qu'il disposerait d'une grande flexibilité au niveau de ses horaires pour amener les enfants à l'école et pour les y récupérer. Ses conditions de travail lui permettraient donc d'être aussi présent auprès des enfants que la mère et un même rythme de vie pourrait être assuré à ceux-ci au domicile de chaque parent. Il disposerait également des conditions de logement adéquates afin d'accueillir les enfants pendant toute une semaine. Même si les garçons devaient se partager une chambre à coucher chez lui, ils y seraient habitués et cela ne leur poserait aucun problème. Dans la mesure où dans le système actuellement en place ils passeraient déjà cinq nuitées auprès de leur père sur une période de deux semaines, un système de résidence en alternance égalitaire ne nécessiterait pas une adaptation particulière de leur part. Le logement du père serait situé à quelques kilomètres seulement du domicile de la mère et il serait également proche de l'école fréquentée par les enfants. De plus, il serait assez spacieux pour permettre aux enfants de s'épanouir ou de se retirer dans un endroit calme s'ils le souhaitent. PERSONNE1.) conclut donc à la mise en place d'une résidence en alternance égalitaire. Si la Cour devait considérer qu'un tel système n'est pas dans l'intérêt des enfants, l'appelant demande à se voir attribuer un droit de visite et d'hébergement élargi, en vertu duquel les enfants passeront quatre nuitées chez leur père au cours de la semaine « A » et deux nuitées au cours de la semaine « B », faisant valoir que ces modalités permettraient aux deux garçons de conserver un contact plus régulier et plus approfondi avec leur père.

PERSONNE2.) conclut à la confirmation du jugement déféré. Elle fait état d'un climat de violence extrême dont elle aurait été victime et dont les enfants n'auraient pas été épargnés. Elle aurait repris le logement ayant servi de domicile familial afin de satisfaire les intérêts des enfants communs. Malgré

l'existence d'un climat malsain entre les parents et l'absence de communication entre eux, elle n'aurait à aucun moment essayé d'éloigner le père de la vie des enfants. Aux termes de sa requête introductive d'instance, elle n'aurait demandé que l'entérinement d'un accord trouvé entre parties et elle se serait attendue à ce qu'un jugement soit rendu sur base d'un expédient entre parties. Or, PERSONNE1.) aurait conclu à la mise en place d'une résidence en alternance égalitaire, système qui ne serait pas dans l'intérêt des enfants, tel que retenu à bon droit par le juge de première instance. Il ressortirait du jugement déferé que le père ne conteste pas les problèmes émotionnels dont souffre l'enfant PERSONNE4.), il ne les prendrait cependant pas en considération à suffisance, mais voudrait voir instituer une résidence en alternance égalitaire par principe. PERSONNE4.), âgé de 7 ans, souffrirait d'énurésie nocturne et de bruxisme, ce qui témoignerait de la situation de stress dans laquelle l'enfant se trouve. PERSONNE4.) ne voudrait pas passer plus de temps avec son père. Il faudrait impérativement de la stabilité aux enfants et ils ne devraient pas être exposés continuellement à des va-et-vient. La mère serait la personne de référence des enfants et elle s'occuperait de leur suivi médical. Elle habiterait dans l'ancien domicile conjugal, dans lequel chacun des garçons disposerait de sa propre chambre, tandis que chez leur père ils devraient se partager une chambre. De plus, au lieu du domicile de la mère, les enfants auraient leurs copains dans les parages. PERSONNE2.) fait encore état de deux incidents. Elle reproche à PERSONNE1.) d'avoir forcé PERSONNE4.) à manger des crevettes ce qui aurait eu comme conséquence que l'enfant a dû vomir et elle lui reproche d'avoir laissé les enfants sans surveillance sur une aire de jeux à ADRESSE5.), à l'époque où il y habitait. L'intimée s'oppose donc tant à l'institution définitive d'une résidence en alternance égalitaire, qu'à l'institution d'un tel système à titre probatoire. Elle s'oppose également à voir désigner un avocat pour représenter les enfants, soutenant qu'il y a lieu d'éviter une implication des enfants dans le conflit opposant les parents, ce d'autant plus que PERSONNE4.) serait un enfant fragile. Si la Cour devait considérer qu'il y a lieu de procéder à une mesure d'instruction, il y aurait lieu d'ordonner une enquête sociale. Elle se dit d'accord à entendre parler d'un système de résidence en alternance inégalitaire, si cette expression devait permettre d'apaiser le père. Elle se dit encore d'accord à voir attribuer au père un droit de visite supplémentaire, chaque lundi après-midi, à la sortie de l'école à 15.40 heures jusqu'à 17.30 heures. Finalement, elle demande la condamnation de l'appelant aux frais et dépens des deux instances, avec distraction au profit de son mandataire, affirmant en avoir fait l'avance et l'octroi d'une indemnité de procédure de 1.000 euros.

PERSONNE1.) conteste les reproches lui faits par PERSONNE2.) en relation avec des faits de violences. Sans nier l'existence d'un certain conflit entre parties, il fait valoir que celles-ci auraient néanmoins été en mesure, durant ces dernières années, à prendre des décisions dans l'intérêt des enfants communs et il considère que si les parties arrivaient à communiquer dans le cadre du système actuellement en place, elles arriveront également à s'arranger au cas où les enfants passeront deux nuits supplémentaires auprès du père. Il conteste que les problèmes d'énurésie nocturne et de bruxisme dont souffre PERSONNE4.) sont en relation avec le temps passé par l'enfant auprès de lui, en ce que, selon le pédiatre de PERSONNE4.), ces problèmes s'expliqueraient par le fait que le développement de l'enfant a été ralenti. Les deux parents seraient des personnes de référence pour les

enfants. L'appelant se rapporte à la sagesse de la Cour concernant l'institution d'une enquête sociale, en donnant à considérer que, dans la mesure où les capacités éducatives des parents ne seraient pas mises en cause, une telle mesure d'instruction ne serait pas utile pour la solution du litige.

Appréciation de la Cour

L'appel, introduit dans les forme et délai prévus par la loi et non spécialement critiqué à ces égards, est recevable.

- La résidence habituelle des enfants

L'article 376 du Code civil dispose que « *la séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale* » et que « *chacun des parents doit maintenir ses relations personnelles avec l'enfant et respecter les liens de celui-ci avec l'autre parent* ».

Il est de principe que les décisions relatives aux modalités d'exercice du droit de visite et d'hébergement doivent être motivées exclusivement par l'intérêt et le bien-être de l'enfant, d'autres considérations, comme les désirs ou contrariétés des parents y sont étrangères.

L'article 378-1 du Code civil dispose que le juge aux affaires familiales peut fixer la résidence des enfants communs en alternance aux domiciles de leurs parents si les parents concordent pour formuler cette demande et si elle n'est pas contraire à l'intérêt supérieur des enfants.

Le juge aux affaires familiales peut également ordonner une résidence en alternance en cas de désaccord des parents ou à la demande d'un des parents, s'il estime que la résidence alternée est conforme à l'intérêt supérieur des enfants.

Dans ce cas, le juge aux affaires familiales doit néanmoins instituer une période d'essai et évaluer au terme de celle-ci la mesure par lui retenue.

L'article 1007-54 du Nouveau Code de procédure civile impose au juge aux affaires familiales de prendre en considération lorsqu'il statue sur pareille demande, la pratique antérieurement suivie par les parties, les sentiments exprimés par les mineurs, l'aptitude de chacun des parents à assumer ses devoirs et à respecter les droits de l'autre, les résultats d'expertises éventuellement effectuées, ainsi que les renseignements recueillis par voie d'enquête sociale.

PERSONNE2.) et PERSONNE1.) ont deux enfants communs mineurs, PERSONNE3.), né le DATE3.), et PERSONNE4.), né le DATE4.).

Suite à la séparation des parties, le domicile légal et la résidence habituelle des enfants communs ont été fixés, suivant jugement du juge aux affaires familiales du 17 juillet 2020, auprès de PERSONNE2.), PERSONNE1.) s'étant vu accorder un droit de visite et d'hébergement, en période scolaire, chaque semaine du jeudi à la sortie de l'école à 14.00 heures au samedi à 17.30 heures, les vacances d'été 2020 ayant été réparties suivant un

planning convenu entre parties et les autres vacances scolaires ayant été partagées par moitié suivant le système année paire et impaire. PERSONNE1.) a été condamné à payer à PERSONNE2.) une pension alimentaire à titre de l'entretien et de l'éducation des enfants communs d'un montant mensuel de 180 euros par enfant.

Par jugement du 31 mai 2022, le juge aux affaires familiales a homologué la convention des parties signée en date du 4 mai 2022 et prévoyant ce qui suit :

« Les enfants passent chez PERSONNE1.) deux nuits chaque première et troisième semaine du mois ; c'est à dire du jeudi 14.00 jusqu'au samedi 17h30 à ADRESSE6.) ;

Et les enfants passent chez PERSONNE1.) trois nuits chaque deuxième et quatrième semaine du mois, c'est-à-dire du jeudi 14h00 jusqu'au dimanche 10h30 à ADRESSE6.) ;

Ces modalités de garde deviennent une résidence en alternance comme suit : 64% chez PERSONNE5.), 36% chez PERSONNE1.) ».

Il résulte encore des explications des parties, qu'en septembre 2023, elles ont de nouveau aménagé le droit de visite et d'hébergement de PERSONNE1.), en ce que les enfants avaient exprimé le souhait de passer un week-end en entier auprès de chacun de leurs parents. Suivant les nouvelles modalités retenues entre parties, le père accueillait les enfants pendant une semaine du jeudi à 14.00 heures au lundi à la rentrée des classes et la semaine suivante du jeudi à 14.00 heures au vendredi à la rentrée des classes.

La mère habite à ADRESSE4.) dans l'ancien domicile familial et le père a pris en location, à partir du 1^{er} mars 2024, un appartement à ADRESSE2.). Les domiciles des deux parents sont donc géographiquement assez proches. Les enfants fréquentent l'école à ADRESSE7.).

Les deux parents ont *a priori* des disponibilités équivalentes pour s'occuper des enfants, en ce que depuis le 1^{er} avril 2024, PERSONNE1.) a réduit sa tâche de travail à 80%, de sorte que ses journées de travail sont en principe identiques à celles de PERSONNE2.), qui travaille également à raison de 80%. Suivant les explications fournies, les deux parents ont la possibilité de faire du télétravail.

Si la situation géographique des domiciles des deux parents et les disponibilités de ceux-ci pour s'occuper des enfants ne s'opposent donc *a priori* pas à l'institution d'une résidence en alternance, les positions des parties divergent notamment en ce qui concerne le souhait des enfants et leur bien-être. S'y ajoute que la mère met en doute les capacités parentales du père et lui reproche son manque de communication. PERSONNE1.) réfute les reproches de PERSONNE2.).

Au vu des positions opposées des parties, la Cour s'estime insuffisamment informée par les éléments dont elle dispose et considère qu'il y a lieu d'ordonner une mesure d'instruction afin de recueillir les données objectives

nécessaires pour statuer sur la question de la résidence des enfants PERSONNE3.) et PERSONNE4.).

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* ».

L'audition de PERSONNE3.) et de PERSONNE4.) n'est donc qu'une faculté pour le juge, subordonnée au constat que les deux garçons présentent le discernement à ce requis.

Le discernement peut être défini comme la « *faculté qui est donnée à l'esprit ou acquise par l'expérience d'apprécier les choses selon leur nature et à leur juste valeur, d'en juger avec bon sens et clarté* ». En un sens moral, il renvoie à la « *capacité de l'esprit de distinguer ce qui est bien, vrai, permis, de ce qui est mal, faux, défendu* ». En cela, le discernement constitue l'une des notions indéterminées du droit de la famille et une notion éminemment fuyante.

Au vu du jeune âge des enfants, PERSONNE3.) venant d'avoir 10 ans au mois de mars 2024 et PERSONNE4.) n'ayant que 7 ans, la Cour considère qu'ils ne disposent pas encore du discernement et de la maturité nécessaires afin de se prononcer sur la question de leur résidence et de juger avec clarté les conséquences de la fixation de leur résidence sur leur vie quotidienne. Leur audition, même par l'intermédiaire d'un avocat, risque de surplus de les plonger dans un conflit de loyauté profond entre leurs père et mère.

Il n'y a donc pas lieu de nommer un avocat pour défendre les intérêts des enfants et d'exposer leur position, tel que sollicité par PERSONNE1.), mais d'ordonner une enquête sociale afin de recueillir toutes les données sur la question de savoir si, dans l'intérêt des enfants communs, une modification de la fixation de la résidence habituelle est indiquée, données qui porteront notamment sur les milieux de vie des père et mère, leurs qualités éducatives, le déroulement de la vie quotidienne des enfants dans chacun des foyers et les relations des enfants avec leurs père et mère.

Dans l'attente de l'accomplissement de cette mesure d'instruction, les modalités de résidence des enfants telles que retenues par le juge de première instance sont maintenues, sauf accord autre des parties.

Il convient de surseoir à statuer sur le surplus.

PAR CES MOTIFS

la Cour d'appel, première chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement,

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

reçoit l'appel,

dit qu'il n'y a pas lieu de nommer un avocat pour les enfants PERSONNE3.) et PERSONNE4.),

avant tout autre progrès en cause,

ordonne une enquête sociale afin de recueillir toutes les données sur la question de savoir si, dans l'intérêt des enfants communs, une modification de la fixation de la résidence habituelle est indiquée, données qui porteront notamment sur les milieux de vie des père et mère, leurs qualités éducatives, le déroulement de la vie quotidienne des enfants dans chacun des foyers et les relations des enfants avec leurs père et mère,

commet à cette fin le Service central d'assistance centrale,

dit que le rapport d'enquête sociale devra être déposée au greffe de la Cour d'appel pour le 20 août 2024 au plus tard,

transmet l'arrêt au parquet général pour exécution,

dit que dans l'attente de l'accomplissement de la mesure d'instruction, les modalités de résidence des enfants telles que retenues par le juge de première instance sont maintenues, sauf accord autre des parties,

réserve le surplus des prétentions des parties,

refixe l'affaire à l'audience du 4 octobre 2024 pour continuation des débats,

réserve les frais et dépens.

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

Rita BIEL, président de chambre,
Michèle MACHADO, greffier.