

Texte pseudonymisé

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

Arrêt N°245/24 – I– CIV (aff. fam.)

Arrêt civil

Audience publique du vingt novembre deux mille vingt-quatre

Numéro CAL-2024-00692 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.) en Belgique, demeurant à L-ADRESSE2.),

appelant aux termes d'une requête d'appel déposée au greffe de la Cour d'appel le 23 juillet 2024,

représenté par la société à responsabilité limitée RODESCH Avocats à la Cour, établie et ayant son siège social à L-1470 Luxembourg, 7-11, route d'Esch, inscrite sur la liste V de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés sous le numéro B265322, représentée aux fins de la présente instance par Maître Gil SIETZEN, en remplacement de Maître Betty RODESCH, avocats à la Cour, les deux demeurant à Luxembourg,

e t :

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

intimée aux fins de la susdite requête,

représentée par Maître Hayri ARSLAN, avocat, en remplacement de Maître Yusuf MEYNIUGLU, avocat à la Cour, les deux demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL

Statuant à la suite d'un jugement du 17 novembre 2023 et sur base de deux rapports établis par le service ORIBeHo des 19 février 2014 et 10 mai 2024, le juge aux affaires familiales près le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a notamment, par jugement du 17 juin 2024, avant tout autre progrès en cause :

- ordonné une expertise pédopsychiatrique et, au besoin, un suivi des enfants PERSONNE3.) (ci-après PERSONNE3.), né le DATE3.), et PERSONNE4.) (ci-après PERSONNE4.), née le DATE4.), et commis pour y procéder un médecin spécialiste en psychiatrie infanto-juvénile, avec la mission :
 1. de se prononcer de manière détaillée sur l'état psychiatrique et psychologique des enfants (trouble, mal-être, ...), notamment de dire s'ils sont en état de souffrance émotionnelle,
 2. de décrire les éventuels troubles psychiatriques et psychologiques dont souffrent les enfants,
 3. de proposer les mesures, traitements, thérapie ou autre pour remédier aux problèmes décelés,
 4. de se prononcer sur la ou les causes et origines des éventuels problèmes décelés dans le chef des enfants et d'en déterminer les incidences à court, moyen ou long terme,
 5. de se prononcer sur la question de savoir, si l'état psychique, respectivement le problème décelé dans le chef des enfants, s'oppose ou non à des rencontres avec leur père,
 6. de rechercher et décrire tous les éléments permettant de se prononcer sur l'intérêt des enfants et de dire si des mesures sont à prendre pour protéger l'intérêt des enfants, et d'en dresser un rapport écrit,
- dit que, sauf meilleur accord des parties, les frais d'expertise sont à assumer par moitié par PERSONNE1.) (ci-après PERSONNE1.)) et par moitié par PERSONNE2.) (ci-après PERSONNE2.)),
- fixé la provision à valoir sur les honoraires et frais de l'expert et ordonné à PERSONNE1.) et à PERSONNE2.) de consigner chacun la moitié de cette provision, au plus tard le 31 juillet 2024,
- dit que l'expert déposera son rapport, respectivement un rapport intermédiaire, au greffe du tribunal, après consignation de la provision et, le cas échéant, de la provision complémentaire, au plus tard le 22 novembre 2024,
- donné acte aux parties que parallèlement à la prédite mesure, l'enfant PERSONNE3.) continue à voir le psychologue PERSONNE5.) tant que l'enfant estime que les entretiens avec le psychologue sont utiles,

en attendant la prédite mesure et la continuation des débats :

- dit qu'PERSONNE1.) exerce provisoirement un droit de visite à l'égard de l'enfant commune PERSONNE4.), selon les modalités à convenir entre parties sinon, à défaut d'accord, chaque week-end, tant en période scolaire que pendant les vacances scolaires, le samedi de 9.30 heures à 18.00 heures, avec la précision que le droit

- de visite est suspendu pendant les vacances scolaires lorsque l'enfant est partie en vacances avec sa mère,
- donné acte à PERSONNE2.) que, sous réserve de l'accord de l'enfant PERSONNE4.), elle ne s'opposera pas à ce qu'PERSONNE1.) parte en vacances avec elle, notamment pour visiter les cousines bruxelloises,
 - dit qu'PERSONNE1.) exerce provisoirement à l'égard des enfants communs PERSONNE3.) et PERSONNE4.) un droit de visite encadré par un service de rencontre à désigner par l'Office National de l'Enfance, à exercer au domicile paternel, de préférence les samedis, suivant les modalités à fixer par les responsables dudit service,
 - invité PERSONNE1.) à contacter dans les meilleurs délais l'Office National de l'Enfance en vue de la mise en place du droit de visite,
 - invité l'Office National de l'Enfance à l'informer dans un délai d'un mois, si PERSONNE1.) a pris contact avec le service et, le cas échéant, quelle suite a été réservée à sa demande,
 - ordonné au service désigné par l'Office National de l'Enfance pour la mise en place du droit de visite encadré, de dresser un rapport écrit sur le déroulement du droit de visite,
 - dit que ledit service devra déposer son rapport au greffe du juge aux affaires familiales près le tribunal d'arrondissement de Luxembourg pour le 22 novembre 2024 au plus tard,
 - réservé le surplus et fixé la continuation des débats à une audience ultérieure et
 - ordonné l'exécution provisoire du jugement.

Par requête déposée le 23 juillet 2024 au greffe de la Cour d'appel, PERSONNE1.) a relevé appel de ce jugement qui lui a été notifié le 19 juin 2024.

Par ordonnance du 21 octobre 2024, la Cour a délégué l'affaire à un magistrat unique sur base de l'article 1007-10 du Nouveau Code de procédure civile.

L'appelant conclut, en ce qui concerne le droit de visite et d'hébergement, à entendre déclarer recevable l'appel contre les mesures provisoires mises en place par le juge aux affaires familiales. Sinon subsidiairement, si la Cour devait estimer que l'appel contre les mesures provisoires relatives à son droit de visite à l'égard de ses enfants communs était contraire aux dispositions de l'article 579 du Nouveau Code de procédure civile, une telle décision contreviendrait à l'article 6-1 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme (ci-après la Convention) garantissant un droit effectif d'accès à une juridiction et à l'article 15 de la Constitution, de sorte que l'appel devrait néanmoins être déclaré recevable.

Subsidiairement et dans l'hypothèse où la Cour devait déclarer l'appel irrecevable, il conviendrait de saisir d'abord la Cour constitutionnelle aux fins de lui poser la question « *si l'article 1007-48 du Nouveau Code de procédure civile, qui permet aux parents divorcés ou en instance de divorce de faire appel contre une décision provisoire du juge aux affaires familiales, contrairement aux parents séparés ou en cours de séparation, ne serait pas contraire à l'article 15 de la Constitution en instituant une inégalité entre ces deux catégories de parents, ces derniers ne pouvant pas faire appel contre les décisions provisoires du juge aux affaires familiales* ».

Quant au fond, l'appelant conclut à entendre dire qu'il exerce provisoirement un droit de visite à l'égard de l'enfant commune PERSONNE4.) chaque week-end du samedi à 9.30 heures au lundi matin à la rentrée des classes à 8.00 heures, sinon, subsidiairement, à voir instaurer un droit de visite une semaine sur deux, le samedi de 9.30 à 18.00 heures, et un droit de visite et d'hébergement l'autre semaine du samedi à 9.30 heures au lundi matin à la rentrée des classes à 8.00 heures, entendre dire qu'il exerce provisoirement un droit de visite à l'égard de l'enfant commun PERSONNE3.) le samedi ou le dimanche de trois heures en plus du droit de visite encadré par un service de rencontre à désigner par l'Office National de l'Enfance, à exercer au domicile paternel, suivant les modalités à fixer par les responsables dudit service sur proposition du père et de PERSONNE3.).

Il demande, en tout état de cause, acte qu'il s'oppose au suivi du psychologue PERSONNE5.) et conclut à voir limiter le suivi psychologique des enfants au suivi du docteur PERSONNE6.), condamner la partie intimée au paiement d'une astreinte de 200 euros par droit de visite et d'hébergement non respecté, ordonner le report des droits de visite et d'hébergement non exercés par lui, condamner la partie intimée au remboursement de 2.040 euros sur le compte épargne d'PERSONNE4.) et au remboursement du montant de 1.540 euros sur le compte épargne de PERSONNE3.), ordonner le blocage de toute sortie des comptes d'épargne des enfants communs, jusqu'à leur majorité, l'autoriser à faire cette démarche auprès de la banque et ordonner la remise des pièces numismatiques des enfants communs au père selon le document du 3 mars 2016.

Il a été décidé à l'audience des plaidoiries de limiter les débats à la question de la recevabilité de l'appel émanant d'PERSONNE1.) et de réserver, le cas échéant, le fond.

PERSONNE2.) fait relever que les dispositions des articles 579 et 580 du Nouveau Code de procédure civile sont d'ordre public et qu'elles diffèrent seulement le droit de faire appel dans l'hypothèse où le juge du fond prononce des mesures provisoires, avant de statuer au fond et ce jusqu'au jugement sur le fond, de sorte qu'PERSONNE1.) ne serait pas privé de son droit de faire appel et que les articles en question ne seraient pas contraires à l'article 6-1 de la Convention. Concernant l'égalité des citoyens devant la loi, il existerait une différence objective de traitement procédural entre des enfants de couples mariés, soumis à une procédure de divorce, dans le cadre de laquelle le règlement du sort des enfants ne serait qu'un accessoire, et des enfants de parents non mariés qui saisiraient le juge d'une demande en fixation des modalités d'exercice de l'autorité parentale envers les enfants communs en cas de différend. Cette différence serait la conséquence du libre choix des parents de se marier ou non, choix qui serait ouvert à tout citoyen. Il s'ajouterait que le fait qu'en l'occurrence, les mesures provisoires mises en place par le juge aux affaires familiales n'ont pas reçu exécution en raison de la surcharge de travail du service d'accompagnement désigné, n'a aucun lien avec la possibilité pour PERSONNE1.) de faire appel immédiat contre la décision mettant en place ces mesures provisoires.

Appréciation de la Cour

Aux termes de l'article 579 du Nouveau Code de procédure civile qui est d'ordre public, les jugements qui tranchent dans leur dispositif une partie du principal et ordonnent une mesure d'instruction ou une mesure provisoire peuvent être immédiatement frappés d'appel comme les jugements qui tranchent tout le principal. L'article 580 du même code poursuit que les autres jugements ne peuvent être frappés d'appel indépendamment des jugements sur le fond.

Ces textes concernent toutes les procédures civiles et commerciales devant les juridictions luxembourgeoises de droit commun et ne sont pas spécialement limités aux jugements rendus par le juge aux affaires familiales, la loi du 27 juin 2018 n'y ayant pas dérogé.

Ils posent le principe que, lorsque le juge du fond ordonne une mesure d'instruction ou une mesure provisoire, le droit d'appel contre de telles mesures est différé jusqu'au jugement tranchant le fond de la contestation opposant les parties.

Il y a décision sur une partie du principal si le jugement, sans épuiser le fond, tranche définitivement une question faisant partie de l'objet du litige, de sorte que, lors de la continuation des débats, le juge est lié par cette décision et ne peut plus revenir sur ce qu'il a décidé.

Le principal s'entend des prétentions respectives des parties qui fixent l'objet du litige et cette notion se trouve déterminée non pas par une conception étroite de l'objet du litige qui serait considéré comme le but ultime recherché par le demandeur, mais par les questions et prétentions préalables des parties que le tribunal doit trancher dans le cadre de son raisonnement et qui s'imposent à lui au cours de la suite de l'instance, sous la réserve toutefois que la question litigieuse connectée à l'objet de la demande doit conduire au rejet des prétentions sur lesquelles elle se fonde (Cass. 27 novembre 2014, no 83/14, registre n°3385, JTL 2015, no 38, p. 52 et ss, observations Th. Hoscheit).

En présence d'un jugement à dispositions multiples, chacune est examinée séparément.

En l'espèce, le jugement du 17 juin 2024 a ordonné une expertise pédopsychiatrique et, pour autant que de besoin, un suivi psychologique pour l'enfant PERSONNE3.). En attendant le résultat de ces mesures d'instruction, il a mis en place un droit de visite provisoire au profit d'PERSONNE1.) à l'égard des enfants communs.

Le juge aux affaires familiales n'a donc pas définitivement tranché la demande d'PERSONNE1.) tendant à l'octroi d'un droit de visite et d'hébergement à l'égard des enfants communs et il ne s'est pas dessaisi de l'affaire sur ce point. Il n'est pas lié par sa décision et peut encore revenir sur celle-ci en fonction notamment du résultat de l'expertise pédopsychiatrique et du suivi psychologique mis en place.

- La violation de l'article 6-1, de la Convention

PERSONNE1.) fait valoir qu'en interdisant l'appel immédiat contre une décision ordonnant des mesures d'instruction et mettant en place des mesures provisoires en attendant le résultat des mesures d'instruction, les

articles 579 et 580 du Nouveau Code de procédure civile violent la Convention garantissant à toute personne le droit que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable. L'impossibilité d'un recours immédiat irait à l'encontre de ce principe élémentaire et aurait pour conséquence que malgré l'introduction de sa demande le 11 juillet 2023 et l'intervention du jugement du 17 novembre 2023 ayant, entre autres, mis en place des mesures provisoires quant à son droit de fréquenter ses enfants, le fond de sa demande en octroi d'un droit de visite et d'hébergement à leur égard n'est actuellement pas tranché.

Aux termes de l'article 6-1 de la Convention, « *Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, (...)* ».

Le droit d'appel ne figure ainsi pas dans l'article 6 de la Convention et ne saurait en être déduit implicitement (Velu et Ergec: La Convention Européenne des Droits de l'Homme, éd. 1990, n° 386, p. 343). Ce principe a été confirmé par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui a retenu que la Convention ne garantit pas, comme tel, un double degré de juridiction en matière civile (Durisotto c. Italie (déc.), 2014, § 53, cité dans le Guide sur l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, Droit à un procès équitable, volet civil, mis à jour au 31 août 2023, n° 88).

L'article 6 qui, tel que correctement relevé par l'appelant, s'applique aux procédures poursuivies devant les juridictions d'appel, et qui garantit l'exercice d'une bonne administration de la justice, a, en tant que tel, pour objet d'énoncer principalement des garanties de procédure. Mais les bénéficiaires de ces garanties ne sauraient puiser dans cet article des droits substantiels, lesquels sont totalement étrangers à son objet. Un Etat reste donc libre de régler les conditions d'exercice des voies de recours en matière civile et de déterminer les décisions susceptibles d'un recours.

Ainsi, le législateur luxembourgeois a décidé de refuser les recours immédiats contre des décisions portant exclusivement sur des mesures d'instruction ou/et des mesures provisoires, dans un souci d'éviter des appels dilatoires contre de telles mesures dont dépendra la décision à intervenir au fond et donc d'accélérer la prise d'une décision au fond. Une telle décision pourra être frappée de recours, éventuellement, ensemble la décision provisoire antérieure.

Le droit de recours d'PERSONNE1.) contre le jugement du 17 juin 2024 n'est donc pas inexistant, mais simplement différé jusqu'à l'intervention d'un jugement au fond et son droit à un double degré de juridiction, reconnu par le Nouveau Code de procédure civile, est préservé.

Le moyen tiré par l'appelant de la violation de l'article 6-1 de la Convention n'est donc pas fondé.

- L'égalité des citoyens devant la loi

L'article 15, (1) de la Constitution telle qu'en vigueur à partir du 1^{er} juillet 2023 dispose que « *Les Luxembourgeois sont égaux devant la loi. La loi peut*

prévoir une différence de traitement qui procède d'une disparité objective et qui est rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but ».

L'article 2 de la loi modifiée du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour constitutionnelle dispose que celle-ci statue sur la conformité des lois à la Constitution, à l'exception de celles qui portent approbation de traités.

Ainsi, la Cour constitutionnelle est uniquement appelée, d'après l'article 112, (1) de la Constitution, à analyser la conformité des lois à la Constitution.

En l'occurrence, PERSONNE1.) invoque une discrimination entre enfants de parents en instance de divorce à l'égard desquels le juge aux affaires familiales est autorisé à prendre des mesures provisoires par voie d'ordonnances, appelables aux termes de l'article 1007-48 du Nouveau Code de procédure civile, et enfants de parents non mariés à l'égard desquels ce même juge n'a pas cette faculté.

L'article 6 de la loi modifiée du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour constitutionnelle prévoit que *« lorsqu'une partie soulève une question relative à la conformité d'une loi à la Constitution devant une juridiction de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif, celle-ci est tenue de saisir la Cour constitutionnelle.*

Une juridiction est dispensée de saisir la Cour constitutionnelle lorsqu'elle estime que :

- a) une décision sur la question soulevée n'est pas nécessaire pour rendre son jugement;*
- b) la question de constitutionnalité est dénuée de tout fondement;*
- c) la Cour constitutionnelle a déjà statué sur une question ayant le même objet.*
- d) Si une juridiction estime qu'une question de conformité d'une loi à la Constitution se pose et qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, elle doit la soulever d'office après avoir invité au préalable les parties à présenter leurs observations ».*

Les dispositions de la Constitution étant d'ordre public, les cas de dispense doivent être interprétés restrictivement.

Le pouvoir d'appréciation des juridictions ordinaires dans le cadre du critère du défaut de tout fondement d'une question préjudicielle dans le contexte d'une violation alléguée de l'article 15, (1) de la Constitution (ancien article 10, bis) a donné lieu à des jurisprudences de la Cour de cassation décidant notamment que *« le défaut de tout fondement qui dispense le juge du fond de saisir la Cour constitutionnelle doit être évident et manifeste au point de s'imposer à lui »* (Cass. 25 février 2010, arrêt n° 11/10) et que le domaine réservé de la Cour constitutionnelle est dans cette matière constitué par *« la décision si la différenciation opérée par la loi est objective, rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but »*. S'agissant en revanche de la question préalable de savoir si deux situations qui donneraient lieu à une différenciation par le législateur sont comparables, la Cour de cassation admet que les juges du fond sont en droit de l'apprécier (Cass. 11 juillet 2013, arrêt n° 61/13 et Cass. 16 février 2017, arrêt n° 15/2017).

Il a, en effet, été retenu que la mise en œuvre de la règle constitutionnelle d'égalité suppose que les catégories de personnes entre lesquelles une discrimination est alléguée se trouvent dans une situation comparable au regard de la mesure invoquée (Cour constitutionnelle, arrêt n° 00159 du 13 novembre 2020).

En l'occurrence, il convient de relever dès l'ingrès qu'aucune disposition légale n'interdit au juge aux affaires familiales de prendre des mesures provisoires en rapport avec l'exercice par des parents, en instance de divorce ou non, de l'autorité parentale à l'égard de leurs enfants, dans un jugement sur le fond, auquel cas, le droit d'appel quant à ces mesures provisoires est différé jusqu'au prononcé du jugement définitif à ce même sujet.

Le reproche d'PERSONNE1.) concerne la possibilité offerte par l'article 1007-45 du Nouveau Code de procédure civile au juge aux affaires familiales, statuant en matière de divorce, de prendre une ordonnance portant sur des mesures provisoires pendant l'instance en divorce, ordonnance contre laquelle un recours immédiat est prévu par l'article 1007-48 du même code.

Ces textes s'appliquent exclusivement à la procédure de divorce, et la différence introduite par le législateur au niveau de la forme des mesures (ordonnance immédiatement appellable) que peut prendre le juge aux affaires familiales se fait en raison de la matière dans laquelle ce juge est appelé à statuer. La matière du divorce a pour objet principal la dissolution du mariage entre deux personnes, par rapport auquel les mesures au sujet de la responsabilité parentale ne sont que l'accessoire. Cette procédure est considérée comme étant plus complexe, nécessitant notamment la représentation par ministère d'avocat et se rapportant à des problèmes de liquidation du régime matrimonial et donc comme susceptible de s'étendre dans le temps, notamment en cas d'octroi de délais de réflexion avant le prononcé du divorce. La procédure ayant directement pour objet principal la responsabilité de parents, divorcés ou non mariés, à l'égard de leurs enfants, est, de son côté, un litige autonome, soumis à une procédure sans ministère d'avocat et susceptible d'une décision rapide.

Ce sont ainsi les situations différentes et non comparables dans lesquelles peuvent se trouver les justiciables qui déterminent la forme des mesures que peut prendre à leur égard le juge aux affaires familiales et, corrélativement, les modalités de recours dont ils disposent.

Au vu de ces éléments, la Cour considère que la question d'inégalité devant la loi, qu'PERSONNE1.) propose de soumettre à la Cour constitutionnelle, est dénuée de fondement, de sorte qu'il n'y a pas lieu de la soumettre à la Cour constitutionnelle.

Il suit de tout ce qui précède que l'appel d'PERSONNE1.) est irrecevable.

Au vu de l'irrecevabilité de l'appel, la Cour n'est pas non plus valablement saisie des autres demandes d'PERSONNE1.), formulées pour la première fois dans la requête d'appel.

PERSONNE1.) succombant dans son recours, il doit en supporter les frais et dépens.

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,

dit l'appel irrecevable,

dit irrecevables les demandes formulées pour la première fois par PERSONNE1.) dans sa requête d'appel,

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

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

Yannick DIDLINGER, premier conseiller-président,
Laetitia D'ALESSANDRO, greffier.