

Texte pseudonymisé

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

Assistance judiciaire partielle accordée à PERSONNE1.) par décision du délégué du Bâtonnier de l'Ordre des Avocats à l'assistance judiciaire du 20 septembre 2024.

Arrêt N°54/25 - I - DIV (aff.fam.)

Arrêt civil

Audience publique du douze mars deux mille vingt-cinq

Numéro CAL-2024-00806 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.) au Portugal, demeurant à L-ADRESSE2.),

appelante aux termes d'une requête déposée au greffe de la Cour d'appel le 29 août 2024,

représentée par Maître Ana ALEXANDRE, avocat à la Cour, demeurant à Esch-sur-Alzette,

e t

PERSONNE2.), né le DATE2.) à ADRESSE3.), ADRESSE4.) au Portugal, demeurant à L-ADRESSE5.),

intimé aux fins de la susdite requête,

représenté par Maître Sonia DE SOUSA FERREIRA, avocat à la Cour, demeurant à Diekirch.

LA COUR D'APPEL

Saisi d'une requête de PERSONNE2.) (ci-après PERSONNE2.) dirigée contre PERSONNE1.) (ci-après PERSONNE1.), déposée le 30 avril 2024 au greffe du juge aux affaires familiales près le tribunal d'arrondissement de Diekirch et tendant, notamment, à voir prononcer le divorce entre les parties sur base des articles 232 et suivants du Code civil, ordonner la liquidation et le partage de la communauté de biens existant entre les parties, fixer le domicile légal et la résidence habituelle de l'enfant commun mineur PERSONNE3.) (ci-après PERSONNE3.)), né le DATE3.) à ADRESSE6.), auprès de son père, tant durant l'instance qu'après l'instance de divorce, et à se voir autoriser à se rendre occasionnellement avec l'enfant commun en vacances à l'étranger, sans devoir recueillir l'accord préalable de la mère, le juge aux affaires familiales près le tribunal d'arrondissement de Diekirch a, par jugement contradictoire du 15 juillet 2024, notamment,

- prononcé le divorce entre PERSONNE2.) et PERSONNE1.),
- ordonné le partage et la liquidation de la communauté de biens ayant existé entre époux et commis un notaire pour procéder auxdites opérations,
- fixé le domicile légal et la résidence habituelle de l'enfant commun PERSONNE3.) auprès de PERSONNE2.),
- accordé à PERSONNE1.) un droit de visite et d'hébergement, à exercer, sauf autres convenances des parties :
 - o en semaine A, les mardis de 14.00 à 19.30 heures et les vendredis à partir de 14.00 heures jusqu'à dimanche 19.30 heures,
 - o en semaine B, les mardis et jeudis de 14.00 à 19.30 heures, le tout à charge pour les parents de se rencontrer à mi-chemin (parking Hollerich) pour les trajets de retour de PERSONNE3.) en semaine et le week-end, à charge de PERSONNE1.) d'aller chercher PERSONNE3.) auprès du père/de l'assistante en famille/du précoce/ou autres et à charge pour PERSONNE2.) d'aller récupérer l'enfant chez la mère,
- accordé à PERSONNE1.) un droit d'hébergement pendant la moitié des vacances scolaires, à exercer selon les convenances des parties,
- donné acte aux parties qu'elles s'engagent de s'autoriser mutuellement à se rendre occasionnellement avec l'enfant commun PERSONNE3.) en vacances à l'étranger, sans devoir recueillir l'accord préalable de l'autre,
- ordonné l'exécution provisoire des mesures ayant trait à l'exercice de l'autorité parentale,
- réservé le surplus des demandes ainsi que les frais et dépens de l'instance et
- refixé la cause à une audience ultérieure.

De ce jugement, qui lui a été signifié par acte d'huissier du 22 août 2024, PERSONNE1.) a relevé appel par requête déposée le 29 août 2024 au greffe de la Cour d'appel et signifiée à PERSONNE2.) le 17 septembre 2024.

L'appelante demande, par réformation, à la Cour de fixer auprès d'elle le domicile légal et la résidence habituelle de PERSONNE3.), sinon d'instaurer une résidence en alternance de l'enfant auprès des deux parents.

Elle conclut également à voir ordonner une enquête sociale afin de recueillir les éléments objectifs dans l'intérêt supérieur de l'enfant PERSONNE3.), à voir dire que les déplacements à l'étranger avec l'enfant PERSONNE3.) sont soumis à autorisation parentale de la part des deux parents et à voir condamner PERSONNE2.) à lui payer une indemnité de procédure de 1.000 euros.

A l'appui de son appel, PERSONNE1.) expose qu'elle se serait vue contrainte de quitter le domicile conjugal suite à une agression physique de la part de PERSONNE2.) en juin 2023, qu'elle aurait pu se reloger provisoirement auprès de sa famille et qu'elle n'aurait pas souhaité chambouler la vie de PERSONNE3.), qui, pour cette raison, serait resté habiter auprès de son père à l'ancien domicile familial à ADRESSE7.). Elle soutient qu'elle aurait, depuis la séparation des parties et jusqu'en mars/avril 2024, continué à s'occuper de PERSONNE3.) au quotidien à l'ancien domicile familial, qu'ainsi, elle aurait récupéré PERSONNE3.) chaque jour auprès de la nounou, à la fin de sa journée de travail, qui se termine à 14.00 heures, l'aurait emmené à l'ancien domicile familial, où elle aurait joué avec lui, lui aurait fait à manger, lui aurait donné son bain et l'aurait préparé pour le coucher, jusqu'à ce que le père rentre vers 19.30 ou 20.00 heures. Elle aurait également continué à assurer le suivi médical de l'enfant et se serait chargée des démarches administratives et scolaires le concernant, ainsi que d'acheter le matériel nécessaire à son épanouissement, y compris ses vêtements.

PERSONNE1.) reproche au juge aux affaires familiales d'avoir fixé le domicile légal et la résidence habituelle de PERSONNE3.) auprès de son père, en se basant sur le fait que l'enfant a continué à résider auprès de ce dernier après la séparation des parties, alors qu'il n'aurait jamais été question que PERSONNE3.) continue à résider auprès de son père. Les parties auraient, en effet, convenu que l'enfant emménagerait avec elle dès qu'elle aurait trouvé un logement adéquat et ce n'est que lorsqu'elle a trouvé un logement à ADRESSE8.) en avril 2024, que le père se serait, contre toute attente, opposé à ce que PERSONNE3.) la rejoigne.

Elle souligne qu'elle a toujours été et qu'elle reste à ce jour la personne de référence de l'enfant et que ses horaires de travail, qui sont de 6.00 heures du matin à 14.00 heures et, toutes les deux semaines, de 14.00 à 22.00 heures, peuvent être aménagées de manière qu'elle puisse accompagner PERSONNE3.) à l'école tous les jours.

PERSONNE2.) se rapporte à la sagesse de la Cour quant à la recevabilité de l'appel, il interjette appel incident afin de voir entériner la pratique des parties en ce qui concerne les passages de bras, qui ont toujours lieu près du site de la Société Nationale de Circulation Automobile (ci-après la SNCA) à Sandweiler et il conclut à la confirmation du jugement entrepris pour le surplus.

A titre subsidiaire, pour le cas où le domicile légal et la résidence habituelle de PERSONNE3.) seraient fixés auprès de la mère, PERSONNE2.), qui est chauffeur de camion, sollicite un droit de visite et d'hébergement à l'égard de l'enfant commun chaque deuxième week-end du vendredi à 19.00 heures au dimanche à 19.30 heures, ainsi que pendant la moitié des vacances scolaires de Noël et pendant les trois semaines de congés collectifs du secteur du bâtiment en été.

Enfin, il conclut à voir condamner PERSONNE1.) à lui payer une indemnité de procédure de 2.000 euros pour l'instance d'appel.

Il conteste les reproches de violences dirigées à son encontre et explique que la séparation des parties aurait eu d'autres raisons.

D'après PERSONNE2.), la décision du juge aux affaires familiales rejoindrait l'intérêt de PERSONNE3.), qui fréquente actuellement le cycle 1 de l'école primaire à ADRESSE7.) et qui est accueilli tous les jours par l'assistante parentale qui s'occupe de lui depuis qu'il est tout petit, avant l'école, à partir de 6.30 heures, et après la fin des cours jusqu'à 17.30 heures.

Il conteste les affirmations de PERSONNE1.), qui soutient qu'elle aurait continué à s'occuper de PERSONNE3.) au quotidien entre juin 2023 et avril 2024 et affirme, de son côté, que cela aurait été le cas seulement pendant deux à trois semaines après la séparation des parties, qu'ensuite PERSONNE1.) aurait récupéré PERSONNE3.) auprès de son assistante parentale moins fréquemment et que ce n'est que depuis mars 2024 que les visites de la mère sont devenues plus prévisibles. Il explique que depuis lors, PERSONNE1.) récupérerait PERSONNE3.) auprès de l'assistante en famille, en semaine A, les mardis à 14.00 heures et le ramènerait chez le père vers 19.30 heures et elle exercerait un droit de visite et d'hébergement du jeudi à 13.00 heures au dimanche à 19.30 heures, tandis qu'en semaine B, elle exercerait un droit de visite les mardis et jeudis de 14.00 à 19.30 heures.

En ce qui concerne le suivi médical de PERSONNE3.), PERSONNE2.) explique que PERSONNE1.) a longtemps travaillé uniquement le matin, jusqu'à 14.00 heures et qu'à cette époque, c'était effectivement elle qui emmenait PERSONNE3.) chez le médecin et le dentiste, tandis qu'en ce qui concerne le suivi scolaire, les parents se rendaient ensemble au bilan.

Il souligne que la fixation de la résidence de PERSONNE3.) auprès de sa mère à ADRESSE8.) impliquerait pour l'enfant non seulement un changement d'école, mais ne lui permettrait plus d'être accueilli par son assistante parentale actuelle. Par ailleurs, il estime que les horaires de travail de la mère, qui habite désormais à ADRESSE8.), tandis qu'elle travaille toujours à ADRESSE9.), ce qui a rallongé sensiblement le trajet entre son domicile et son travail, ne lui permettraient pas de prendre en charge l'enfant, la mère ne produisant d'ailleurs aucune pièce de laquelle il ressortirait que lesdits horaires peuvent être aménagés autrement, comme elle le soutient.

PERSONNE2.) s'oppose à l'enquête sociale que demande PERSONNE1.), étant donné qu'une mesure d'instruction ne peut être ordonnée pour pallier à la carence probatoire d'une partie.

Il s'oppose aussi à la mise en place d'une résidence en alternance de PERSONNE3.), eu égard à l'âge de l'enfant, qui serait trop jeune, et à la distance géographique entre les domiciles respectifs des parents.

Enfin, en ce qui concerne les déplacements à l'étranger, il estime qu'il s'agit d'un acte usuel, que chaque parent peut entreprendre seul, de sorte qu'il y aurait lieu de confirmer le jugement entrepris sur ce point.

En réplique aux développements adverses, PERSONNE1.) fait valoir que l'attestation testimoniale établie par l'assistante en famille, qui indique que la mère ne récupère PERSONNE3.) que deux après-midis par semaine, ne serait pas pertinente dans la mesure où cette fréquence lui serait imposée aux termes du jugement dont appel.

Elle donne encore à considérer qu'elle assume les frais de l'assistante parentale à hauteur de moitié.

Appréciation de la Cour

- La recevabilité des appels principal et incident

En ce qui concerne le volet de l'appel principal tendant à voir dire, par réformation, que les déplacements à l'étranger avec l'enfant PERSONNE3.) sont soumis à autorisation parentale de la part des deux parents, la Cour constate que le juge aux affaires familiales, statuant sur la demande de PERSONNE2.) tendant à se voir autoriser à se rendre occasionnellement avec PERSONNE3.) en vacances à l'étranger sans devoir recueillir l'accord préalable de la mère, s'est limité, dans le dispositif du jugement entrepris, à « *donne[r] acte aux parties qu'elles s'engagent de s'autoriser mutuellement à se rendre occasionnellement avec l'enfant commun mineur PERSONNE3.) en vacances à l'étranger, sans devoir recueillir l'accord préalable de l'autre* ».

Le donné acte consiste pour le juge, à l'occasion d'un procès dont il est saisi, à authentifier un accord entre les parties ou à constater une proposition, un engagement, un dire, un simple fait ou la réserve d'un droit d'une partie. L'intérêt du donné acte réside dans le fait que, si le juge donne acte à une partie de ce que l'autre partie a reconnu tel ou tel fait, la décision a, sur ce point force, probante et la reconnaissance du fait pourra valoir avec judiciaire au sens de l'article 1356 du Code civil.

Cependant, le juge qui constate l'accord des parties, même sur une question de fond, ne fait pas acte juridictionnel : il ne tranche rien, et n'apporte rien aux parties qui ne résulte déjà pour elles de leur propre convention. Le donné acte est judiciaire en la forme, mais conventionnel par son origine et il tire son autorité de la seule volonté des parties et non pas de la décision du juge.

Seules les décisions de nature juridictionnelle pouvant être frappées d'appel, le jugement de donné acte, auquel cette nature juridictionnelle fait défaut, n'est pas susceptible d'appel (Cour, 29 novembre 2023, N°CAL-2023-00626 du rôle et les références y citées).

Dès lors que le volet de l'appel principal concernant les déplacements à l'étranger des parents avec le fils commun vise une décision de donné acte du juge aux affaires familiales, qui n'est pas de nature juridictionnelle et partant non susceptible d'appel, l'appel de PERSONNE1.) est irrecevable sur ce point.

L'appel principal est recevable pour le surplus.

L'appel incident est également recevable.

- L'appel principal

La Cour approuve le juge de première instance, qui a rappelé à bon escient que la fixation du lieu de résidence habituelle de l'enfant se fait en fonction du seul intérêt de celui-ci, étant précisé que l'intérêt de l'enfant impose notamment de lui assurer la plus grande stabilité possible dans une période de sa vie où il subit la séparation de ses parents.

Chacun des deux parents, mère ou père, doit ainsi, *a priori*, bénéficier de la possibilité de voir fixer la résidence de l'enfant auprès de lui dès lors qu'il a les qualités morales requises et dispose de l'infrastructure matérielle pour pouvoir exercer la garde. La décision relative au lieu de résidence habituel de l'enfant doit tenir compte de nombreuses circonstances de fait tenant à l'enfant ou aux parents, dont généralement aucune n'est décisive, mais dont chacune a un poids plus ou moins important dans la formation de l'intime conviction du juge. Ainsi, le juge tiendra compte non seulement des besoins moraux, intellectuels, affectifs et physiques de l'enfant, mais encore de son âge, de sa santé, de son caractère et de son milieu familial. La notion du meilleur intérêt de l'enfant est une question d'équilibre entre ses divers besoins.

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.

En l'espèce, aucune des parties ne remet en cause les capacités parentales de l'autre partie et il est constant en cause qu'après la séparation des parties en juin 2023, PERSONNE3.) a continué à résider auprès de son père à ADRESSE7.), où il fréquente actuellement le cycle 1 de l'école fondamentale et est pris en charge, avant et après l'école, par l'assistante en famille qui s'occupe de lui depuis sa naissance.

Il ressort, ensuite, d'un certificat établi par l'employeur de PERSONNE1.), auprès duquel elle travaille depuis le 1^{er} janvier 2017, que ses heures de services, pour le « *travail par équipes* » sont « *de 6.00 – 14.00 et de 14.00 – 22.00* » heures.

Si PERSONNE1.) soutient dans son acte d'appel qu'elle a « *la possibilité d'aménager ses horaires de travail de sorte à pouvoir emmener l'enfant PERSONNE3.) directement à l'école et le récupérer ensuite afin de [lui]*

éviter de passer de nombreuses heures auprès d'une nounou ou autre garderie », elle ne produit aucune pièce à l'appui de cette affirmation, qui reste dès lors à l'état d'allégation et ne saurait être prise en compte par la Cour dans son appréciation.

Elle ne produit par ailleurs aucun élément dont il ressortirait qu'elle puisse, compte tenu de ses horaires de travail actuels, tels qu'ils ressortent du certificat établi par son employeur, organiser la prise en charge de PERSONNE3.) le matin, avant l'école, lorsqu'elle débute son travail à ADRESSE9.) à 6.00 heures, sinon l'après-midi et le soir, lorsqu'elle travaille de 14.00 à 22.00 heures.

Compte tenu, d'une part, du chamboulement que représenterait un changement de domicile et de résidence pour PERSONNE3.), notamment en raison du changement d'école qu'il implique et du fait que l'enfant ne pourrait plus être pris en charge par l'assistante en famille, qui l'accompagne depuis sa naissance, et, d'autre part, du caractère non étayé des affirmations de PERSONNE1.) que ses horaires de travail pourront être aménagés, respectivement qu'elle peut assurer la prise en charge de PERSONNE3.) lorsqu'elle commence à travailler tôt le matin ou travaille jusqu'à tard le soir, l'appel de PERSONNE1.) n'est, en l'état, pas fondé sous ce rapport, sans qu'il n'y ait lieu de recourir à une enquête sociale, tel que le sollicite l'appelante, la Cour étant suffisamment renseignée sur la situation pour statuer.

En ce qui concerne ensuite la résidence en alternance, que PERSONNE1.) demande à la Cour, par réformation, d'instaurer, celle-ci se heurte non seulement aux considérations évoquées ci-avant, mais également à la distance géographique d'une cinquantaine de kilomètres qui sépare les domiciles respectifs des parents et qui impliquerait pour PERSONNE3.) un temps de trajet de trois quarts d'heures, voire de plus d'une heure aux heures de pointes, une semaine sur deux, pour se rendre à l'école le matin et retourner chez lui le soir.

Dans ces conditions, l'appel de PERSONNE1.) n'est pas non plus fondé sous ce rapport.

Eu égard aux développements qui précèdent, le jugement entrepris est à confirmer en ce qu'il a fixé auprès de PERSONNE2.) le domicile légal et la résidence habituelle de PERSONNE3.).

- L'appel incident

L'appel incident de PERSONNE2.) tend à voir aligner les modalités des passages de bras sur la pratique actuelle des parties, qui se retrouvent près du site de la SNCA à Sandweiler pour tous les passages de bras, excepté lorsque PERSONNE1.) récupère PERSONNE3.) directement à l'école, à la maison-relais ou auprès de l'assistante parentale.

Les affirmations de PERSONNE2.) quant à cette pratique n'étant pas contestées par PERSONNE1.), il y a lieu de dire l'appel incident fondé et de réformer le jugement entrepris en ce qui concerne les modalités des passages de bras.

- 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 non plus pas fondée.

PAR CES MOTIFS

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

dit l'appel principal irrecevable en ce qu'il tend à voir dire que les déplacements à l'étranger avec l'enfant PERSONNE3.), né le DATE3.), sont soumis à autorisation parentale de la part des deux parents,

le dit recevable pour le surplus,

le dit non fondé,

dit l'appel incident recevable,

le dit fondé,

réformant,

dit que tous les passages de bras auront lieu près du site de la Société Nationale de Circulation Automobile sis à Sandweiler, excepté lorsque PERSONNE1.) récupère l'enfant PERSONNE3.) directement à l'école, à la maison-relais ou auprès de l'assistante parentale,

confirme, pour le surplus, le jugement déféré 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 présents :

Rita BIEL, président de chambre,
Anne MOROCUTTI, conseiller,
Antoine SCHAUS, conseiller,
Laetitia D'ALESSANDRO, greffier.