

Arrêt N°168/19 – II – CIV (aff. fam.)

Arrêt civil

Audience publique du six novembre deux mille dix-neuf

Numéro CAL-2019-00655 du rôle

rendu par la deuxième chambre de la Cour d'appel, siégeant en matière civile, dans la cause

Entre :

A.), demeurant à L-(...), (...),

appelant aux termes d'une requête d'appel déposée auprès de la Cour d'appel le 8 juillet 2019,

comparant par Maître Trixi LANNERS, avocat à la Cour, demeurant à Diekirch,

et :

B.), demeurant à L-(...), (...),

intimée aux fins de la prédite requête d'appel,

comparant par Maître Benoît ENTRINGER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

De l'union libre entre **B.)** et **A.)** est issu l'enfant **C.)**, née le (...).

Saisi de la requête introduite par **B.)** contre **A.)** pour voir dire que l'autorité parentale continue à être exercée conjointement par les deux parents, se voir confier la garde de l'enfant en attribuant à **A.)** un droit de visite, respectivement d'hébergement (un samedi sur deux de 10.00 heures à 18.00 heures, les autres week-ends de samedi 10.00 heures à dimanche 12.00 heures), à voir fixer le montant de la pension alimentaire au profit de l'enfant commun mineur à 500,00 euros par mois, le juge aux affaires familiales près le tribunal d'arrondissement de Diekirch, par jugement du 24 mai 2019, rectifié par jugement du 17 juillet 2019, a constaté que l'autorité parentale sur l'enfant commun mineur **C.)** est exercée conjointement par les deux parents, fixé la résidence de l'enfant au domicile de sa mère, attribué à **A.)** un droit de visite et d'hébergement à exercer sur l'enfant chaque deuxième week-end à partir du vendredi soir 18.00 heures jusqu'au dimanche soir 18.00 heures, ainsi qu'un droit d'hébergement lors des vacances scolaires à exercer selon les convenances des parties, sinon pendant la 1^{ère} moitié des vacances pour les années paires et pendant la deuxième moitié des vacances pour les années impaires, dit que dans le cadre de l'exercice de son droit de visite et d'hébergement, **A.)** a la charge de venir chercher et de ramener l'enfant auprès de la mère, autorisé **B.)** à inscrire l'enfant à l'éducation précoce dans la commune d'**LIEU.1.)** et condamné **A.)** à payer à **B.)** une pension alimentaire mensuelle de 500,00 euros pour l'enfant à partir du 25 mars 2019.

De ce jugement appel a été régulièrement relevé par **A.)** suivant requête déposée le 8 juillet 2019, l'appelant concluant, par réformation, à voir fixer la résidence de l'enfant **C.)**, de manière alternative, auprès de chaque parent, une semaine sur l'autre, en précisant que le passage de bras se fera le dimanche à 18.00 heures, subsidiairement à se voir accorder un droit de visite et d'hébergement sur l'enfant tous les trois jours, en attendant que l'enfant ait l'âge pour voir appliquer le système de la résidence alternée selon les modalités décrites ci-avant, sinon un droit de visite et d'hébergement chaque deuxième weekend du vendredi à la sortie de l'école au dimanche à 18.00 heures, ainsi que chaque semaine du mardi à la sortie de l'école au mercredi matin pour la rentrée à l'école, à voir dire que, pour l'exercice du droit de visite et d'hébergement, **A.)**, au début, doit récupérer l'enfant au domicile de sa mère et que celle-ci, à la fin, doit récupérer l'enfant auprès du père, à voir dire que l'enfant sera inscrite à l'éducation précoce au Syndicat scolaire de **LIEU.2.)**, lieu de scolarisation habituelle des enfants habitant la Commune de (...).

A.) sollicite l'allocation d'une indemnité de procédure de 2.000,00 euros pour l'instance d'appel.

A l'appui de son recours, **A.)** expose que du temps où le couple était uni, il s'occupait de l'enfant commun au même titre que la mère, étant à même d'adapter son horaire de travail au rythme de vie de l'enfant. Depuis la séparation du couple, en janvier 2019, il ne verrait l'enfant que rarement, **C.)** ayant juste passé quelques nuits auprès du père qui depuis le 8 septembre 2019 n'aurait plus revu l'enfant. Lorsque l'enfant est auprès de sa mère, elle dormirait en des endroits différents (au domicile de sa mère, à son cabinet kinésithérapique, sinon au domicile du concubin de la mère).

La séparation du couple ne justifierait pas une diminution de contact tellement importante que celle opérée par le juge de première instance entre l'enfant et son père, ce d'autant plus que l'appelant est à même d'organiser son temps de travail en fonction des besoins de l'enfant et que sa compagne est également disposée à s'en occuper. L'application du principe de la résidence séparée n'aurait pas pour effet de traumatiser l'enfant, aucune contre-indication à l'instauration de ce système aux enfants en bas âge n'étant prouvée, mais aurait, au contraire, un effet bénéfique pour l'enfant. La mère serait, de surcroît, moins disponible que le père, de sorte que **A.)** estime qu'il est susceptible de garantir à l'enfant une plus grande stabilité que la mère.

En ordre subsidiaire, il y aurait lieu d'accorder au père un droit de visite et d'hébergement aussi large que possible.

B.) étant engagée dans une nouvelle relation, le passage de bras se ferait, en l'espèce, tantôt à l'adresse de son compagnon, tantôt à son cabinet de kinésithérapie, sinon à l'adresse des grands-parents maternels, ce qui serait inadmissible, de sorte qu'il y aurait lieu d'organiser le passage de bras tel que précisé dans l'acte d'appel, **A.)** faisant valoir qu'au vu des nombreuses adresses auxquelles l'enfant habite lorsqu'elle se trouve auprès de sa mère, il doit aller la récupérer à différents endroits, selon le bon vouloir de la mère.

A.) reproche encore au juge de première instance d'avoir autorisé **B.)** à inscrire l'enfant à l'éducation précoce de son lieu de travail à **LIEU.1.)/(...)**, en mettant avant tout en exergue les longs trajets subis de ce fait par l'enfant, le lieu de résidence de la mère se trouvant à (...), soit une distance de 40 km. Le fait que l'enfant a fréquenté la crèche sise à **LIEU.1.)** serait sans incidence à cet égard, alors qu'il s'agit d'analyser quelle école sera fréquentée par après par l'enfant, le père considérant que c'est à l'école de la commune de **LIEU.2.)** que l'enfant sera vraisemblablement inscrite par après.

A.) donne à considérer que même si l'enfant **C.)**, au moment des débats en instance d'appel, était déjà inscrite au Précoce d'**LIEU.1.)**, il maintient sa demande tendant à voir inscrire l'enfant à l'éducation précoce au Syndicat scolaire de **LIEU.2.)**.

B.) conclut à voir confirmer le jugement entrepris, sauf à interjeter appel incident par rapport au point de départ de la pension alimentaire en concluant, par réformation, à voir dire que la pension alimentaire est due avec effet au 1^{er} février 2019, date à laquelle le père a cessé de contribuer aux besoins de l'enfant commune. **B.)** marque par ailleurs son accord à voir dire que le passage de bras des fera à son domicile.

B.) estime que c'est à bon escient que le juge aux affaires familiales n'a pas mis en place le système de la résidence alternée, l'intérêt de l'enfant commune qui se trouve encore en bas âge, étant âgée de 4 ans, commandant de lui assurer de la stabilité et de l'ordre, condition qui serait satisfaite par le fait de fixer la résidence auprès de la mère tout en accordant au père un droit de visite et d'hébergement usuel. A l'heure actuelle la communication entre parents s'avérerait particulièrement difficile, **B.)** donnant à considérer que la demande formulée en ordre subsidiaire par **A.)** est pire que la demande principale, alors que cette situation aurait pour conséquence une mise en cause de la stabilité dont l'enfant a besoin.

Le système mis en place par le juge aux affaires familiales serait, à l'heure actuelle, la meilleure solution pour l'enfant et les parents, rien n'empêchant ultérieurement une révision de ce système.

Par rapport à l'affirmation de **A.)** qu'il n'a plus vu l'enfant depuis le 8 septembre 2019, **B.)** donne à considérer que cela est exact et elle explique cette situation par le fait que lors d'une course à pied qui s'est déroulée pendant le weekend du 7 au 8 septembre 2019, **A.)** aurait laissé l'enfant seule, ceci témoignant d'un manque évident du sens de sa responsabilité. Compte tenu de ces faits, **B.)** sollicite l'institution d'une enquête sociale, tout en maintenant le droit de visite et d'hébergement accordé à **A.)** par le juge aux affaires familiales.

Pour ce qui est de la demande de **A.)** relative à l'inscription de l'enfant au précoce, **B.)** considère que l'enfant **C.)** étant inscrite au précoce d'**LIEU.1.)**, il n'y a pas lieu de revenir actuellement sur cette situation.

En ce qui concerne le passage de bras, **B.)** se rapporte à prudence de justice.

A.) conteste les faits qui lui reprochés par rapport au weekend du 7 au 8 septembre 2019, en donnant à considérer que même s'il a participé à la course à pied, l'enfant n'était pas seule, mais se trouvait sous surveillance et en compagnie de ses frère et sœur âgés de 11, respectivement 9 ans. L'institution d'une enquête sociale ne se justifierait pas.

A.) se rapporte à prudence de justice par rapport au point de départ de la pension alimentaire.

Appréciation de la Cour

Par ordonnance du 9 octobre 2019, la Cour a délégué la présente affaire à un magistrat unique sur base de l'article 1007-10 du Nouveau Code de procédure civile.

Au vu du désaccord entre les parents par rapport à question de la résidence alternée, c'est à bon droit que le juge aux affaires familiales s'est référé à l'article 378-1 du code civil, étant observé que le juge saisi d'une telle demande doit bien évidemment tenir compte non seulement de l'aptitude de chacun des parents à assumer ses devoirs et respecter les droits de l'autre, respectivement leurs capacités éducatives, ainsi que leur disponibilité. Le juge doit avant tout tenir compte de l'intérêt de l'enfant et veiller à la sauvegarde de son équilibre notamment au regard de son âge.

Dans la présente affaire, la Cour a la conviction que les deux parents sont très attachés à leur fille et sont en mesure tous les deux de lui offrir une situation matérielle et une éducation appropriée, chacun des parents faisant preuve d'amour et d'attention pour **C.)** certainement attachée à ses deux parents. On ne saurait dès lors affirmer que l'un des parents est davantage le référent que l'autre, étant observé que s'agissant d'un fait isolé et unique, la circonstance que **A.)** ait laissé l'enfant **C.)** en compagnie de ses frère et sœur, sans surveillance adulte, lors de la course à pied qui s'est déroulée durant le weekend du 7 au 8 septembre 2019, à la supposer établie, ne permet pas à lui seul de mettre en doute l'aptitude du père de s'occuper de l'enfant.

Compte tenu de ce qui précède, l'institution d'une enquête sociale s'avère inutile.

Il est, certes, dans l'intérêt de l'enfant de construire des liens effectifs avec chacun de ses deux parents par le biais de rencontres régulières, d'échanges affectifs et d'apports éducatifs continus, le système de la résidence alternée présentant, dans cette optique, l'avantage de mettre les parents sur un strict pied d'égalité tant dans l'intérêt de l'enfant que dans celui des parents.

Ce n'est, toutefois, pas l'intérêt des père et mère qui prévaut pour décider de l'hébergement d'un enfant, mais c'est l'intérêt de ce dernier qui doit passer avant toute autre considération. La configuration substantielle de l'intérêt supérieur de l'enfant, c'est le maintien d'un lien effectif : il ne s'agit pas seulement de préserver le symbole de l'exercice en commun de l'autorité parentale, mais concrètement de susciter des rencontres, des échanges, une continuité des apports éducatifs de chaque parent vers l'enfant jusqu'à la majorité.

La mise en place d'une résidence alternée doit, dès lors, avant tout satisfaire l'intérêt supérieur de l'enfant qui doit primer sur l'intérêt personnel des parents, l'alternance devant avoir pour but de favoriser l'épanouissement de l'enfant et non pas de répondre au seul désir de l'un des parents d'assurer plus complètement son rôle éducatif ou de satisfaire des revendications de stricte parité. La résidence alternée sera donc écartée – ou il y sera mis fin – toutes les fois que les conditions géographiques, matérielles, affectives et éducatives, attachées à ce mode de résidence, ne sont pas (ou ne sont plus) réunies.

Selon la jurisprudence européenne, l'intérêt supérieur de l'enfant constitue à la fois le but légitime et la mesure de l'atteinte aux droits parentaux. Le juge européen affirme dans plusieurs arrêts que « bien qu'il faille ménager un juste équilibre entre l'intérêt de [l'enfant] et ceux de ses parents, la Cour attache une importance particulière à l'intérêt supérieur de l'enfant qui, selon sa nature et sa gravité, peut l'emporter sur celui du parent » (CEDH, 13 juill. 2004, n° 11057/02, Ha. c/ Allemagne). Dans le contexte des séparations parentales, la Cour impose aussi aux juridictions internes de rechercher un juste équilibre entre l'intérêt de l'enfant et l'intérêt du parent » (CEDH, 28 avr. 2016, n° 68884/13, Ci. c/ Italie).

A noter qu'il est généralement admis que la résidence alternée présente des désavantages pour de très jeunes enfants et cela jusqu'à l'âge de six ans. D'après de nombreux pédiatres, psychologues et pédopsychiatres, ce système peut, en effet, engendrer des traumatismes, surtout chez les tout petits car, pour eux, le père et la mère ne sont pas à égalité, même si les rôles sont complémentaires (Cour 25 octobre 2017, n° 45181 du rôle).

Compte tenu de ce qui précède, l'intérêt de l'enfant qui commande de lui assurer la plus grande stabilité possible prime toute autre considération, la Cour notant que la résidence alternée n'est bénéfique aux enfants que pour autant que les parents la pratiquent à l'amiable et en coopération éducative, l'accord des parents sur le principe de la résidence alternée et leur capacité à dialoguer et à régler les problèmes quotidiens de l'enfant de manière consensuelle et constructive étant des conditions essentielles du fonctionnement harmonieux de ce système pour l'application duquel les parents doivent être capables de différencier leur conflit.

S'il ne fait aucun doute que d'un point de vue géographique, rien ne s'oppose en l'espèce à la résidence alternée, la Cour constate toutefois que la communication entre les parents d'**C.**) semble, à l'heure des débats, pour le moins compromise, ce qui rend d'autant plus difficile la mise en place d'une résidence alternée, alors que ce système repose sur la prémisse que les parents soient en accord

plutôt qu'en désaccord. S'y ajoute que **C.)** étant âgée de 4 ans, et dès lors une enfant en bas âge, le système de la résidence alternée n'est pas, à l'heure actuelle, approprié, alors qu'il ne correspond pas à l'intérêt de l'enfant.

A noter d'ailleurs que, tel que juge aux affaires l'a judicieusement relevé, la qualité de la relation entre un parent et son enfant, l'impact que peut avoir un parent sur l'éducation, la formation et le développement harmonieux de son enfant et la profondeur de l'affection ressentie ne sont pas uniquement ni même essentiellement fonction du nombre de jours ou d'heures passés avec l'un ou l'autre parent, mais découlent tant de la régularité des contacts et d'une certaine durée de ceux-ci que de l'intensité des relations et de la sincérité des sentiments. L'idée que seul un partage en temps égal de l'hébergement entre le père et la mère serait susceptible de permettre à chacun des parents de remplir son rôle parental ne tient pas compte de l'intérêt de l'enfant, de sa nécessité de stabilité et d'équilibre (Cour tut., er février 2012, n° 38004 du rôle ; Cour 12 janvier 2011, Pas. 35, p. 551).

Au vu des considérations qui précèdent, la Cour approuve le juge aux affaires familiales d'avoir débouté **A.)** de sa demande et il y a encore lieu de le débouter de sa demande formulée en ordre subsidiaire, alors que l'instauration du système proposé par le père risquerait de perturber encore d'avantage la stabilité dont l'enfant **C.)** a besoin.

Le même critère de stabilité de l'enfant s'opposant, à l'heure à laquelle la Cour statue, à voir accorder à **A.)** un droit de visite et d'hébergement en semaine, la demande qu'il formule à ce titre encourt un rejet, la Cour rejoignant partant le juge de première instance en ce qu'il a accordé au père un droit de visite et d'hébergement en période scolaire à raison de chaque second weekend, sauf à fixer le point de départ de ce droit de visite, par réformation, au vendredi à la sortie de l'école, la mère devant bien évidemment veiller à préparer l'enfant à l'exercice du droit de visite et d'hébergement du père et à s'abstenir, dans l'intérêt supérieur de l'enfant, d'être présente au moment où le père récupérera l'enfant à l'école.

Pour ce qui est de la fin du droit de visite et d'hébergement en période scolaire il y a lieu de préciser que **A.)** devra ramener l'enfant au domicile de la mère. Concernant l'exercice du droit de visite et d'hébergement en période de vacances scolaires, **A.)** récupérera l'enfant, au début, et la déposera, à la fin, au domicile de **B.)**.

L'enfant **C.)** étant inscrite au Précoce d'**LIEU.1.)**, il est dans son intérêt de ne pas modifier cette situation factuelle, alors qu'une modification risquerait de la perturber.

La séparation du couple remontant à janvier 2019, il y a lieu de fixer le point de départ de la pension alimentaire, par réformation, au 1^{er} février 2019.

L'appel principal est dès lors partiellement fondé et l'appel incident est à dire fondé.

L'iniquité requise pour l'application de l'article 240 du nouveau code de procédure civile n'étant pas donnée dans le chef de **A.)**, il est à débouter de sa demande en obtention d'une indemnité de procédure.

La présente procédure étant orale, la demande de **A.)** tendant à voir ordonner la distraction encourt un rejet.

PAR CES MOTIFS

la Cour d'appel, deuxième chambre, siégeant en matière civile et en matière d'appel contre une décision du juge aux affaires familiales, statuant contradictoirement,

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

reçoit l'appel principal et l'appel incident en la forme,

dit l'appel principal partiellement fondé et l'appel incident fondé,

réformant,

fixe le point de départ du droit de visite de **A.)**, en période scolaire, au vendredi à la sortie de l'école,

précise qu'à la fin du droit de visite et d'hébergement, en période scolaire, **A.)** ramène l'enfant au domicile de la mère et que concernant l'exercice du droit de visite et d'hébergement, en période de vacances scolaires, **A.)** récupère l'enfant, au début, et la dépose, à la fin, au domicile de **B.)**,

fixe le point de départ de la pension alimentaire à payer par **A.)** au profit de l'enfant au 1^{er} février 2019,

confirme le jugement entrepris, tel que rectifié, pour le surplus,

condamne **A.)** et **B.)**, chacun pour moitié, aux frais et dépens de l'instance d'appel.

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

Carine FLAMMANG, premier conseiller, président,
Michèle KRIER, greffier.