

Arrêt référé (divorce).

Audience publique du quatorze avril deux mille dix.

Numéro 35803 du rôle.

Composition:

*Romain LUDOVICY, président de chambre;
Françoise MANGEOT, premier conseiller;
Gilbert HOFFMANN, conseiller, et
Jean-Paul TACCHINI, greffier.*

E n t r e :

*A, ouvrière, demeurant à (...),
appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Alex
Mertzig de Diekirch en date du 15 octobre 2009,
comparant par Maître Pol Urbany, avocat à Diekirch,
e t :*

*B, cuisinier, demeurant à (...),
intimé aux fins du susdit exploit Alex Mertzig,
comparant par Maître Karima Hammouche, avocat à Luxembourg.*

LA COUR D'APPEL:

Par une ordonnance contradictoire rendue le 8 septembre 2009, le juge des référés de Diekirch, réglant les mesures provisoires durant la procédure de divorce des parties, a, entre autres, autorisé B à résider séparé de A à (...); a confié la garde provisoire des enfants mineurs C, née le (...) et D, né le (...), à B; a accordé à la mère un droit de visite et d'hébergement pour ces enfants; a condamné A à payer à B à partir du 1^{er} octobre 2009 le montant mensuel de 250.-€ (125.-€ pour chaque enfant) du chef de contribution aux frais d'éducation et d'entretien de C et D; a ordonné une médiation familiale concernant tant les enfants que

les parents et a nommé médiateur Madame E, docteur en psychologie clinique.

A a, par exploit de l'huissier de justice Alex MERTZIG de Diekirch du 15 octobre 2009, régulièrement relevé appel de cette ordonnance qui lui avait été signifiée le 1^{er} octobre 2009.

Elle requiert, par réformation de la décision de première instance, l'attribution de la garde provisoire des deux enfants mineurs communs et l'autorisation de résider avec ses enfants à l'adresse ci-dessus indiquée à (...), l'allocation d'un secours alimentaire de 250.-€ par mois pour chaque enfant et un montant de 1.000.-€ sur fondement de l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

L'intimé conclut, en ordre principal, à la confirmation de l'ordonnance déferée et il demande une indemnité de procédure de 575 €.

En ordre subsidiaire, il sollicite un droit de visite et d'hébergement pour ses enfants et donne à considérer que le secours alimentaire qu'il pourrait être condamné à verser au profit de ces derniers devrait être limité à 125.-€ par enfant.

Après avoir observé qu'elle n'aurait, contrairement à ce qui serait admis dans l'ordonnance entreprise, pas abandonné ses enfants, mais, en réalité quitté son mari pour raison de violence psychologique, l'appelante avance à l'appui de ses prétentions l'intérêt qu'elle porte à ses enfants, auxquels elle manquerait, spécialement C. Les capacités éducatives de B seraient moins bonnes qu'en apparence. Elle donne encore spécialement à considérer que les enfants seraient assez fréquemment seuls à la maison pendant les heures de travail de leur père, qui ne pourrait pas davantage leur consacrer beaucoup d'attention quand ils se rendraient pour manger au restaurant, dans lequel il travaille comme cuisinier. Elle précise que son propre employeur serait d'accord à lui accorder un horaire de travail différent lui laissant beaucoup de disponibilité pour ses enfants.

L'intimé conteste les prétentions et allégations de l'appelante, insiste sur le fait qu'il assure, comme dans le passé, à ses enfants, qui ont d'ailleurs de bons résultats scolaires, un cadre de vie stable, tenant compte de leurs besoins et intérêts. Son travail lui laisserait – contrairement à ce qui serait le cas de l'appelante qui se bornerait à faire état d'hypothèses futures – suffisamment de temps libre, surtout en hiver où quatre mois seraient régulièrement chômés, pour s'occuper adéquatement de ses enfants.

L'attribution du droit de garde doit se faire en fonction du seul intérêt supérieur des enfants.

Le juge du premier degré, faisant expressément et à raison abstraction des raisons du départ de A, a entériné la situation de fait à laquelle les enfants étaient habitués. Le père, dont l'employeur relève les capacités éducatives et le niveau d'instruction supérieur à celui de l'épouse dans son attestation du 5 juin 2009, a un travail lui laissant énormément de temps à se consacrer à ses enfants. Son lieu de travail se trouvant à proximité immédiate de son domicile, il lui est permis, en cas de besoin, de rejoindre immédiatement les enfants, qu'il peut, vu leur âge dans ces circonstances, laisser momentanément seuls à la maison. La mère est moins disponible pour ses enfants. Même à admettre la réalité de ses projets futurs, purement hypothétiques encore, elle restera inévitablement moins présente au foyer que le père. Il s'y ajoute que son lieu de travail est éloigné de la résidence convoitée et qu'elle ne peut héberger les enfants dans son logement actuel. Elle devrait donc confier ses enfants à des tiers. A reste en défaut, non seulement de prouver qu'elle serait à même de procurer à ses enfants un meilleur encadrement que son mari, mais encore et surtout des raisons suffisamment graves tirées de l'intérêt des enfants pour modifier le système actuel, justifié en première instance, et continuant à fonctionner, selon toute évidence, de manière tout à fait satisfaisante. Elle renvoie seulement vaguement à des troubles dans le chef des enfants : aucun motif concret et précis concernant D n'est avancé et les pleurs de C au moment de se séparer de sa mère ne sont en principe pas davantage que la réaction normale d'un enfant en pareille circonstance. En l'absence d'indication de motif grave censé justifier un changement de la situation actuelle, le recours à une mesure d'instruction (audition des enfants, enquête sociale) s'avère oiseux. La décision du juge du premier degré procédait d'une appréciation correcte des éléments de la cause et la solution adoptée reste justifiée en instance d'appel.

Le juge des référés a, pour des motifs corrects, non spécialement critiqués en soi et auxquels il convient de renvoyer, autorisé l'intimé à résider avec les enfants à (...). Le secours alimentaire retenu, d'ailleurs également non spécialement contesté, résulte d'une évaluation exacte des facultés contributives de la mère et des besoins des enfants.

Succombant dans ses prétentions en appel et étant à condamner aux frais, A est à débouter de sa demande en obtention d'une indemnité de procédure en vertu de l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

La demande de même nature présentée par B est à rejeter, ce dernier restant en défaut de démontrer le caractère inéquitable du maintien à sa charge de frais irrépétibles engagés à l'occasion de la présente instance.

Par ces motifs,

la Cour d'appel, deuxième chambre, siégeant en matière de référé, statuant contradictoirement,

déclare l'appel de A recevable, ;

le dit cependant non fondé ;

confirme l'ordonnance déferée dans la mesure où elle est entreprise ;

déboute A et B de leurs demandes respectives en obtention d'une indemnité de procédure en vertu de l'article 240 du nouveau code de procédure civile ;

condamne A aux frais et dépens de l'instance d'appel.