

Arrêt référé (divorce).

Audience publique du trente juin deux mille dix.

Numéro 36085 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, fonctionnaire de l'État, demeurant à (...),  
appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Gilbert  
Rukavina de Diekirch en date du 18 décembre 2009,  
comparant par Maître Marc Petit, avocat à Luxembourg,*

*e t :*

*B, employée, demeurant à (...),  
intimée aux fins du susdit exploit Gilbert Rukavina,  
comparant par Maître Lony Thillen, avocat à Diekirch.*

#### **LA COUR D'APPEL:**

Le juge des référés de Diekirch, réglant les mesures provisoires durant la procédure de divorce de B et de A, a, entre autres dispositions, confié à B la garde des enfants mineurs communs C, né le (...), et D, né le (...), et a condamné A à payer à B à partir du 25 août 2009 d'une part un montant mensuel de 700.-€ (350.-€ par enfant) du chef de contribution aux frais d'éducation et d'entretien desdits enfants ainsi que d'autre part un secours alimentaire à titre personnel d'un import mensuel de 500.-€.

A a, par exploit de l'huissier de justice Gilbert RUKAVINA de Diekirch du 18 décembre 2009, régulièrement relevé appel de cette ordonnance, qui lui avait été signifiée le 4 décembre 2009.

Il demande, par réformation de l'ordonnance déférée, l'institution d'une garde conjointe pour les enfants mineurs du couple, la réduction du montant par lui redû à B du chef de contribution aux frais d'éducation et d'entretien desdits enfants mineurs et le rejet de la demande de B en obtention d'un secours alimentaire à titre personnel ou du moins la diminution du montant retenu à ce titre par le juge des référés et la limitation dans le temps de son obligation afférente, un maximum de quatre mois est proposé.

B conclut à la confirmation de l'ordonnance déférée.

La demande de A, pour autant qu'elle doit être interprétée comme visant l'institution d'une autorité parentale conjointe, s'avère sans objet, étant donné que les deux parents conservent pendant l'instance en divorce l'autorité parentale qui leur est reconnue durant le mariage par les articles 372 et 375 du code civil, sous réserve des décisions à prendre par le juge des référés quant à la garde provisoire des enfants sur base des articles 267 et 267bis du même code, la décision visée étant requise en l'espèce pour le grand avantage des enfants C et D.

Elle est, en ce qu'elle devrait être considérée, comme concernant la garde alternée, à rejeter.

Sur le plan juridique, pendant l'instance en divorce, depuis l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 12 décembre 2008 – arrêt E (rôle n° 00047, Mémorial A, n° 197 du 22 décembre 2008, p. 2618) déclarant contraire à la Constitution les articles 302, al. 1<sup>er</sup> et 378, al. 1<sup>er</sup> du code civil dans la mesure où ils n'autorisent pas l'exercice conjoint par les deux parents divorcés de l'autorité parentale sur les enfants communs –, il n'y a actuellement plus d'obstacle à instaurer une garde alternative entre père et mère séparés. Comme l'autorité parentale au sens large – portant sur l'organisation de la vie des enfants, le choix du genre d'éducation etc. – reste de droit conjointe, l'attribution de la garde a donc seulement pour objet de déterminer le parent chez qui l'enfant a sa résidence habituelle et qui exerce donc sur lui la garde au jour le jour.

L'appelant n'avance cependant aucun élément procédant de l'intérêt des enfants, seul déterminant, justifiant le recours à une modification du système actuel, mis en place par le juge du premier degré, conformément à la volonté des parties.

A conclut, ensuite à raison, au rejet de la demande de B en obtention d'un secours alimentaire à titre personnel. Elle reste en défaut de prouver son état de besoin au regard des pièces récentes versées en cause par l'appelant laissant apparaître que l'intimée exerce en plus de son travail à mi-temps en tant qu'employée de banque retenu par le juge du premier degré, une activité d'agent d'assurances. Le travail en question, nullement bénévole par principe, est censé produire des revenus, inconnus en l'absence de preuve contraire rapportée par l'intimée, qui se borne à alléguer, assertion invérifiable, qu'elle ne disposerait pas de suffisamment de temps pour vaquer à cette activité.

L'appel de A est donc fondé à ce titre.

Il n'est en revanche pas justifié pour autant qu'il vise à une réduction des secours alimentaires alloués à l'intimée au profit des enfants.

Le montant, retenu et correctement évalué par le juge du premier degré, ne dépasse pas les facultés contributives du père – auquel il est loisible de continuer à gratifier directement les enfants, sans que cette attitude doive être prise en considération dans l'appréciation de l'import de sa contribution aux frais d'éducation et d'entretien des enfants – et il reste à être démontré qu'il dépasse en l'espèce les besoins des enfants. L'argument tiré d'une prise en charge supplémentaire des enfants par le père bénéficiant d'une garde alternée est dénué d'objet, eu égard à la solution adoptée.

Omettant de démontrer le caractère inéquitable du maintien à sa charge de frais irrépétibles occasionnés à l'occasion de la présente instance, A est à débouter de sa demande en allocation d'une indemnité de procédure en vertu de l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

L'exécution provisoire étant de droit en la matière, la demande afférente de A est dénuée d'intérêt.

**Par ces motifs,**

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

déclare l'appel de A recevable et partiellement fondé ;

**réformant**

déclare non fondée la demande de B en obtention d'un secours alimentaire à titre personnel et décharge, pour autant que de besoin, l'appelant de la condamnation prononcée de ce chef à son encontre par le juge du premier degré ;

**confirme**, pour le surplus, l'ordonnance déférée ;

déboute A de sa demande visant à « la garde conjointe » ;

le déboute également de sa demande en obtention d'une indemnité de procédure sur fondement de l'article 240 du nouveau code de procédure civile ;

fait masse des frais et dépens de l'instance et les impose pour moitié à A et pour moitié à B.