

Arrêt référé (divorce).

Audience publique du vingt octobre deux mille dix.

Numéro 36512 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, sans état particulier, demeurant à (...),  
appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Josiane  
Gloden d'Esch-sur-Alzette en date du 12 février 2010,  
comparant par Maître Bénédicte Daoût-Feuerbach, avocat à Luxem-  
bourg,*

*e t :*

*B, sans état particulier, demeurant à (...),  
intimée aux fins du susdit exploit Josiane Gloden,  
comparant par Maître Lex Thielen, avocat à Luxembourg.*

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

Par première ordonnance du 26 novembre 2008, le juge des référés du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, appelé à régler les mesures provisoires durant la procédure de divorce des époux A et B, avait confié à la mère la garde des deux enfants communs C, né le (...), et D, née le (...), en lui accordant également la résidence séparée au domicile conjugal, et avait accordé au père un droit de visite et d'hébergement s'exerçant sur l'enfant D chaque deuxième dimanche de 10 heures à 18 heures et, sur l'enfant C, chaque deuxième week-end du vendredi, à 18 heures, au dimanche, à 18 heures, et, en plus, chaque

samedi matin de 8 heures 30 à 14 heures et chaque mercredi de midi à 14 heures.

Par ailleurs, quant aux pensions alimentaires, le juge des référés avait condamné A à payer à B pour les enfants une pension d'un montant indexé de 175 € par mois dont 100 € pour D et 75 € pour C, en déboutant B de sa demande en paiement d'une pension alimentaire personnelle.

Pour attribuer à la mère la garde des enfants et ensemble la résidence séparée au domicile conjugal, le juge des référés s'était fondé sur la plus grande disponibilité de celle-ci qui, suivant le choix des époux, avait pour tâche de s'occuper du foyer familial, tandis que le père exerçait une activité salariée et une activité d'agent d'assurances.

Statuant ensuite par ordonnance du 8 décembre 2009 rendue sur assignation de A du 20 octobre 2009 visant à la modification de l'ordonnance pour circonstances nouvelles consistant en ce que celui-ci s'était retrouvé au chômage à partir du 1<sup>er</sup> juin 2009, tandis que B exerçait comme employée un travail à mi-temps suivant contrat à durée déterminée conclu pour la période du 16 février 2009 au 19 décembre 2009, le premier juge n'avait pas fait droit à la demande de A visant, pour cause de plus grande disponibilité en son chef que celle de B, à se voir accorder à la fois la garde provisoire des enfants et la résidence séparée au domicile conjugal. Statuant sur la demande subsidiaire de A visant à un plus ample élargissement du droit de visite et d'hébergement, le premier juge avait refusé d'y faire droit, sauf à dire que le droit de visite et d'hébergement pendant la moitié des vacances scolaires s'applique aussi à D. La demande reconventionnelle de B en augmentation des secours alimentaires pour les enfants avait été déclarée irrecevable.

Par acte d'huissier du 12 février 2010, A a régulièrement relevé appel de cette dernière ordonnance. Pour se voir attribuer la garde des enfants et la résidence séparée au domicile conjugal, sinon la garde conjointe des enfants, l'appelant fait grief à B, qui ne poursuit plus d'activité salariée depuis le 20 décembre 2009, de délaisser les enfants en les abandonnant aux soins de leurs grands-parents maternels et en préférant passer son temps avec son nouvel ami.

La partie A n'a pas plus prouvé devant la Cour que devant le premier juge que la mère négligerait de s'occuper convenablement des enfants. Les attestations testimoniales versées par A, constatant que B n'était pas chez elle certaines heures et qu'alors les enfants étaient gardés par un de leurs grands-parents, se rapportent à la période où la mère exerçait un travail salarié et ne sont pas concluantes.

Conséquemment, comme l'a décidé à bon droit le premier juge, le changement dans la situation de A ne justifie pas à lui seul un changement dans l'attribution et l'aménagement de la garde.

Si, comme l'allègue l'appelant la première fois devant la Cour, la mère et les grands-parents maternels parlent aux enfants en russe en sorte que leur apprentissage de la langue luxembourgeoise laisserait à désirer, cette affirmation est démentie, pour ce qui concerne C, par une attestation testimoniale versée en cause certifiant une communication parfaite entre père et fils. Pour ce qui concerne la jeune D, qui, âgée actuellement de trois ans, fréquente l'école préscolaire, elle apprendra encore mieux le luxembourgeois.

Il y a donc lieu de confirmer la décision prise sur la garde.

Quant au droit de visite et d'hébergement du père, la partie mère s'est déclarée d'accord, concernant D, à l'étendre en période scolaire à chaque deuxième week-end du vendredi, à 18 heures, au dimanche, à 18 heures, avec maintien, en période de vacances scolaires, de la garde partagée, sauf à s'opposer, quant à C, au droit de visite les samedis matin au motif que C fréquente alors des cours de gymnastique. Relevant appel incident, la partie mère conclut à voir supprimer le droit de visite supplémentaire que le père s'était vu accorder sur C par ordonnance du 26 novembre 2008 chaque samedi matin et à voir dire que C restera sous sa garde tous les samedis matin.

Cet appel incident est à déclarer d'office irrecevable au motif qu'il se rapporte au droit de visite et d'hébergement sur C, tel que fixé dans la première ordonnance rendue le 26 novembre 2008, et que ce droit de visite et d'hébergement n'avait, comme tel, pas été remis en cause dans l'instance en modification.

L'appel incident, parce qu'il n'a pas été critiqué comme tel, est pourtant à requalifier en une simple demande incidente qui, non critiquée en sa recevabilité, est à déclarer recevable. Mais elle n'est pas fondée, comme, à l'origine, la partie mère avait consenti au droit de visite et d'hébergement élargi du père tel qu'il a été déterminé dans la première ordonnance, et qu'il ressort des attestations testimoniales versées en cause que le père a ponctuellement amené C à ses séances de gymnastique les samedis et qu'il existe une bonne entente entre père et fils.

A défaut de conclusions prises par les parties sur le droit de visite qui a été accordé au père sur C chaque mercredi de midi à 14 heures, il y a également lieu de le maintenir.

En récapitulation, le père exercera donc, en période scolaire, son droit de visite et d'hébergement sur les deux enfants chaque deuxième week-end du vendredi, à 18 heures, au dimanche, à 18 heures.

En plus, le père continuera à bénéficier du droit de visite élargi sur C chaque samedi matin de 8 heures 30 à 14 heures et chaque mercredi de midi à 14 heures.

En période de vacances scolaires, le père exercera son droit de visite et d'hébergement tant sur C que sur D pendant la moitié des vacances. Sauf accord contraire des parties, ce droit s'exercera, suivant ordonnance du 24 mars 2010 intervenue en interprétation des ordonnances du 26 novembre 2008 et du 8 décembre 2009, pendant la deuxième période de chaque vacance.

Enfin, la demande de la partie A en paiement d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel n'est pas fondée en équité.

**Par ces motifs,**

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

reçoit l'appel principal,

dit irrecevable l'appel incident de B et le requalifie en demande incidente recevable,

quant au droit de garde sur les enfants C et D :

dit l'appel de A non fondé et partant confirme l'ordonnance déférée,

quant au droit de visite et d'hébergement de A :

dit l'appel de A fondé et dit la demande incidente de B non fondée, partant, dit que le droit de visite et d'hébergement du père sur C et D s'exercera comme suit, sauf meilleur accord des parties, et à charge du père de prendre et de ramener les enfants au lieu de résidence de la mère :

chaque deuxième week-end du vendredi, à 18 heures, au dimanche, à 18 heures,

la moitié des vacances scolaires, pendant la deuxième période de chaque vacance,

dit qu'en plus le droit de visite et d'hébergement du père sur C s'exercera chaque mercredi de midi à 14 heures et chaque samedi matin de 8 heures 30 à 14 heures,

dit non fondée la demande de A en paiement d'une indemnité de procédure,

fait masse des frais et dépens de l'instance d'appel et les impose pour les trois quarts à A et pour le quart restant à B.