

Arrêt référé (divorce).

Audience publique du six mars deux mille treize.

Numéro 39195 du rôle.

Composition:

*Étienne SCHMIT, président de chambre;  
Gilbert HOFFMANN, premier conseiller;  
Brigitte KONZ, conseillère, et  
Jean-Paul TACCHINI, greffier.*

*Entre :*

*A, animatrice, demeurant à (...),*

*appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Guy Engel de  
Luxembourg en date du 19 juin 2012,*

*comparant par Maître Fernando A. Dias Sobral, avocat à Luxembourg,*

*e t :*

*B, sans état connu, demeurant à (...),*

*intimé aux fins du susdit exploit Guy Engel,*

*comparant par Maître Deidre du Bois, avocat à Luxembourg.*

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

Par exploit de l'huissier de justice Guy ENGEL du 19 juin 2012, A a régulièrement relevé appel d'une ordonnance rendue le 5 avril 2012 par le juge des référés de Luxembourg, qui réglant les mesures provisoires durant la procédure de divorce des parties, a, continué à confier au père la garde de l'enfant C et a accordé à la mère un droit de visite et d'hébergement à exercer chaque deuxième fin de semaine ainsi que pendant la moitié des vacances scolaires et renvoyé le dossier au Ministère Public aux fins de transmission au Tribunal de la Jeunesse, en tout état de cause, afin qu'il décide de l'opportunité de l'application des mesures pré-

vues par l'article 1er de la loi du 10 août 1992 relative à la protection de la jeunesse et des mesures à l'égard de la mineure C, née le (...).

A a conclu, dans l'acte d'appel, à voir réformer l'ordonnance entreprise et à se voir attribuer la garde de l'enfant et à voir accorder au père un droit de visite et d'hébergement aussi étendu que possible et à voir ordonner la nomination d'un avocat pour défendre les intérêts de l'enfant.

Elle fait valoir qu'en raison d'une information erronée contenue dans le premier rapport d'enquête sociale la garde de l'enfant aurait été attribuée à tort à son père. Que cette fausse information aurait également été déterminante lors du changement de garde ordonnée par la Cour tout comme le dénigrement continué mené par le père à son égard.

L'appelante met en évidence ses propres capacités éducatives et réitère ses appréhensions concernant le comportement et l'absence de disponibilité de l'intimé et le risque de lui confier l'enfant en raison des conflits persistants entre époux dans ces circonstances et demande la réformation de la décision de première instance.

B demande la confirmation de l'ordonnance entreprise et conteste les allégations et faits avancés par la mère pour soutenir son appel.

### **Les faits et rétroactes**

Pour une meilleure compréhension des faits il y a lieu de résumer les faits et rétroactes.

A, impliquée dans une affaire d'assassinat, avait été en détention préventive pendant onze mois de la mi-septembre 2007 à la mi-août 2008.

C habite depuis juillet 2011 auprès de son père et de sa nouvelle compagne ensemble avec la fille de celle-ci âgée de sept ans.

Le 17 mars 2009, B introduisit une demande en divorce et en référé-divorce. Devant le juge des référés du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, il a demandé principalement à se voir attribuer pendant la procédure de divorce la garde de l'enfant C et la résidence séparée de son épouse au domicile conjugal à (...).

Par ordonnance du 3 novembre 2009, le juge des référés, nonobstant l'instruction pénale toujours en cours contre A, a confié la garde provisoire de C à la mère en lui attribuant également la résidence séparée au domicile conjugal. B a été condamné à payer à A à partir du 1<sup>er</sup> novembre 2009 une pension alimentaire pour C de 350 € par mois et une pension alimentaire à titre personnel de 800 € par mois limitée à une période de douze mois.

Par jugement du 17 mai 2010, A a été condamnée à une peine d'emprisonnement de 30 mois ferme, outre à une amende.

Sur ce, B introduisit une nouvelle assignation en référé le 13 octobre 2010 pour se voir transférer la garde de C avec allocation d'un secours pour

l'enfant de 250 € par mois, sinon pour se voir attribuer un large droit de visite hebdomadaire.

Par ordonnance du 20 janvier 2011, le juge des référés déclara les demandes de B irrecevables pour défaut d'élément nouveau et accorda à A une pension alimentaire personnelle de 400 € par mois à partir de sa demande du 13 janvier 2011 pour une durée de quatre mois.

B a relevé appel de cette ordonnance le 8 février 2011 pour se voir attribuer le bénéfice de ses conclusions de première instance quant à la garde et quant au secours alimentaire pour l'enfant et pour voir dire non fondée la demande de A en obtention d'un secours alimentaire personnel.

Par arrêt d'appel du 6 juillet 2011, la Cour a, en tenant compte du fait que la situation de B est à ce point de vue plus favorable comme il a obtenu l'accord de principe de son patron pour travailler au moins une partie du temps à la maison et qu'il peut compter sur ses proches parents pour l'épauler dans sa tâche de surveillance de l'enfant, a confié au père la garde de l'enfant et a ordonné le transfert de garde avec effet le lundi 11 juillet 2011 et a accordé à la mère un droit de visite et d'hébergement chaque week-end et pendant les vacances scolaires selon les modalités exposées dans l'arrêt.

### **La demande en transfert de garde**

La Cour n'a pas à sa disposition une décision du juge de la jeunesse prise à la suite du renvoi de la cause à ce magistrat par l'ordonnance entreprise ainsi que du nouvel rapport du 31 octobre 2012 demandé par ce juge. A l'audience des plaidoiries, le mandataire de l'époux a confirmé que les parties n'ont pas été convoquées devant le juge de la jeunesse, de sorte que la Cour en déduit que ce magistrat, bien qu'il ait demandé une enquête sociale supplémentaire, ne compte pas intervenir plus amplement pour le moment.

Il découle de ce rapport, qu'entretemps et ce depuis le 17 octobre 2012, l'épouse a exécuté sa peine sous forme de bracelet électronique.

L'enfant est bien intégrée dans les familles recomposées de son père et de sa mère et a de bonnes relations avec les partenaires respectifs ainsi qu'avec les enfants de ces derniers. Par ailleurs les relations entre parties se sont améliorées et le dialogue rompu a été réinstauré entre eux. Les relations entre l'épouse et la nouvelle compagne de B sont bonnes. Cette dernière a eu une influence positive et un rôle médiateur sur les relations entre parties. Les problèmes de l'enfant relatés dans ce rapport sont surveillés et sont en voie d'amélioration continue voire de disparition. Selon l'agent de probation, l'enfant n'exprimait à aucun moment un malaise et ne semblait plus tiraillée entre ses parents et évoluait normalement et très bien dans le milieu scolaire, avec ses amies, pendant ses loisirs ainsi que dans le milieu paternel et maternel.

Vu que les modalités de l'organisation du droit de visite et d'hébergement n'avaient changé que depuis avril 2012, cet agent a estimé qu'une intervention du juge de la jeunesse n'est pas nécessaire à l'heure actuelle et

qu'il y aurait lieu de réévaluer la situation personnelle et familiale de l'enfant après le jugement définitif statuant sur la garde.

Force est de constater que l'attribution du droit de garde doit se faire en fonction du seul intérêt supérieur de l'enfant, abstraction faite des velléités des parents, d'éventuelles contrariétés par eux ressenties.

Les parties sont opposées quant à la garde de l'enfant.

En l'espèce, le père s'est accordé avec son supérieur hiérarchique, ce qui lui permet justement d'organiser mieux son horaire en fonction de la garde de l'enfant.

Le fait que l'enfant soit confiée partiellement à un tiers, constitue une valeur ajoutée pour l'enfant qui a ainsi la possibilité de voir d'autres personnes.

Ces arguments ne sauraient en aucun cas constituer un motif grave pour ordonner le transfert de la garde à la mère.

Tout comme en première instance, A ne formule que des arguments de convenance personnelle respectivement des allégations basées sur des oui-dire de tiers, ayant comme seul but de soutenir la demande en transfert de garde et ce pour des motifs non appuyés par des pièces probantes objectives respectivement par des arguments quant à la situation et les rapports entre parties, qui ne valent plus à l'heure actuelle. Elle omet d'établir des circonstances graves impliquant un comportement du père à l'égard de l'enfant contraire aux intérêts de la fille justifiant un changement de cette situation. Aucun élément du dossier ne permet de conclure que C n'est pas bien prise en charge par son père et risque d'être exposée à des perturbations inévitables engendrées par une modification profonde de son cadre de vie. Les craintes purement théoriques de l'appelante ne sauraient être prises en considération pour soustraire l'enfant à la garde de son père.

Aucun élément d'information ne permet d'inférer que, dans son milieu de vie actuel, les besoins primaires de l'enfant ne seraient pas respectés, que son suivi scolaire ou médical laisserait à désirer ou que l'encadrement éducatif actuel de l'enfant serait insuffisant ou critiquable.

Le maintien de sa résidence auprès du père présente en outre l'avantage de la stabilité et se justifie dans ces circonstances dans l'intérêt de C. Aucun indice sérieux, ne permet à la Cour d'ordonner le transfert de la garde, à l'heure actuelle, dans le sens voulu par l'appelante.

Il appartient aux parties de veiller et de garantir à l'enfant un séjour agréable et serein auprès de l'autre partie et de préparer celle-ci au bon déroulement du droit de visite et d'hébergement, en favorisant le contact entre l'enfant et le parent non gardien.

Les comportements actuels de ses parents consistant à multiplier les procédures ne sont nullement dans l'intérêt de leur enfant et ne peuvent qu'accentuer les tensions entre eux, tout comme le tiraillement de C entre

ses deux parents, alors que cette dernière est attachée tant à son père qu'à sa mère.

Le juge de première instance est partant à confirmer, pour les justes motifs que la Cour adopte, en ce qu'il a considéré qu'il importe actuellement d'assurer à l'enfant C la stabilité nécessaire à sa bonne évolution et qu'il n'est pas dans son intérêt de voir, à nouveau, modifier les modalités du droit de garde auxquelles elle vient tout juste de s'adapter.

Il s'ensuit que la demande de l'épouse en transfert de garde est non fondée, tout comme celle encore contenue dans l'acte d'appel, concernant le droit de visite et d'hébergement aussi étendu que possible du père qui devient partant superfétatoire.

L'appel n'est partant pas fondé.

A l'audience du 30 janvier 2013, le mandataire de A a encore demandé que le droit de visite et d'hébergement accordé à la mère soit étendu en raison de la demande expresse de l'enfant.

B ne critique pas la recevabilité de cette demande en appel en tant que telle, mais il s'oppose à cette demande en insistant sur le fait que, jusqu'à l'heure actuelle, le droit de visite et d'hébergement s'est toujours déroulé dans de bonnes conditions et qu'il n'y aurait pas lieu d'imposer à l'enfant un changement à cet égard.

Si aucun élément du dossier ne s'oppose, contrairement à l'argumentation du père, à étendre le droit de visite et d'hébergement tel que souhaité par la mère et l'enfant, la Cour doit cependant constater que le mandataire de l'épouse omet de spécifier les modalités exactes d'un tel droit de visite et d'hébergement élargi, de sorte qu'en l'absence d'informations quant aux disponibilités de la mère, il y a lieu de l'élargir pour le moment uniquement à trois fins de semaine par mois, selon les modalités accordées par le juge de première instance et de confirmer les modalités fixées pour les vacances scolaires dans l'ordonnance du 5 avril 2012.

### **La demande en nomination d'un avocat pour l'enfant**

La Cour relève que cette demande n'est pas autrement motivée.

En l'espèce, le litige dévolu à la Cour concerne la garde de l'enfant. L'absence de communication entre parties et les mauvaises relations entre parties se sont nettement améliorées, entretemps, depuis le rapport d'enquête sociale considéré par le juge de première instance. Ces problèmes ne justifient, plus à l'heure actuelle, de faire droit à cette demande qui est à rejeter.

Il y a lieu de rappeler aux parties que dans l'intérêt de C, ils doivent collaborer et la tenir à l'écart de leurs problèmes conjugaux et éviter toute manipulation de part et d'autre, dont la victime principale sera l'enfant, même si le but visé est de blesser l'autre conjoint. Les problèmes de communications entre parties pourront être résolus par d'autres mesures notamment par une médiation familiale pour autant que cela s'avère être

encore nécessaire au vu des conclusions très positives et rassurantes, à cet égard, contenues dans le nouvel rapport du 31 octobre 2012.

**Par ces motifs,**

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

reçoit l'appel en la forme;

dit non fondée la demande en nomination d'un avocat pour l'enfant;

dit non fondée la demande en transfert de garde;

dit l'appel partiellement fondé pour le surplus;

par réformation

dit qu'en période scolaire A pourra faire chercher et recevoir l'enfant commun C, née le (...), principalement selon la convenance personnelle des parties, et subsidiairement, en cas de désaccord des parties quant aux modalités d'exécution du droit de visite et d'hébergement, chaque première, deuxième et quatrième fin de semaine du vendredi à la sortie d'école au lundi matin à la rentrée d'école, et ce pour la première fois le 8 mars 2013;

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

fait masse des frais des deux instances et condamne A et B chacun à la moitié des frais et dépens.

*La lecture de cet arrêt a été faite à l'audience publique indiquée ci-dessus par Étienne SCHMIT, président de chambre, en présence du greffier Jean-Paul TACCHINI.*