

Arrêt référé (divorce).

Audience publique du treize mars deux mille treize.

Numéro 39201 du rôle.

Composition:

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

Entre :

A, retraité, demeurant à (...),

appelant aux termes d'un acte de l'huissier de justice Tom Nilles d'Esch-sur-Alzette du 27 avril 2012,

comparant par Maître Nathalie Barthélémy, avocat à Luxembourg,

et :

B, sans état particulier, demeurant à (...),

intimée aux fins du susdit acte Tom Nilles,

comparant par Maître Yamina Noura, avocat à Esch-sur-Alzette.

LA COUR D'APPEL:

1. La procédure suivie

Par ordonnance du 13 mars 2012, le juge des référés du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, statuant sur les mesures provisoires durant l'instance de divorce, a notamment confié la garde provisoire de l'enfant commun C, né le (...), à Mme B, et a accordé à M. A un droit de visite et d'hébergement chaque deuxième fin de semaine, la moitié des vacances scolaires et chaque jeudi de 12 heures, à la sortie de l'école,

jusqu'à 19 heures. En outre, M. A a été condamné à payer à Mme B une pension alimentaire de 250.- euros pour l'enfant commun.

Au vu des actes de procédure versés en cause, l'ordonnance n'a pas été signifiée.

Le 27 avril 2012, M. A a régulièrement formé appel contre cette décision.

Il demande la garde provisoire de l'enfant commun et, par voie de conséquence, la décharge du paiement de la pension alimentaire. Subsidiairement, avant toute décision sur la garde, il conclut à une enquête sociale concernant le lieu et le cadre de vie de l'enfant.

Au cas où la garde est attribuée à la mère, il demande un droit de visite additionnel chaque mardi à la sortie de l'école jusqu'à 19 heures, en plus du droit de visite et d'hébergement accordé en première instance. Il demande à ce qu'en cas d'attribution de la garde à la mère, la garde soit soumise à la condition de la résidence au Luxembourg de l'enfant et de la mère.

Lors des débats, Mme B a régulièrement formé appel incident : elle a conclu à ce que seul un droit de visite soit accordé le samedi de 10 heures à 18 heures, et le dimanche de 10 heures à 18 heures. Subsidiairement, elle a conclu à un droit de visite et d'hébergement de samedi midi à dimanche midi. Elle a conclu à la suppression du droit de visite du jeudi.

2. La demande de la garde provisoire

M. A demande la garde provisoire de l'enfant commun aux motifs qu'il serait à la retraite et disponible pour s'occuper de l'enfant. Mme B vivrait avec son compagnon, ses deux enfants et l'enfant commun C dans un petit appartement.

Lors des débats, M. A a déclaré qu'il n'est pas contesté que Mme B soit une bonne mère.

Le Cour relève que l'attribution de la garde provisoire de l'enfant durant l'instance de divorce est à prendre au vu de l'intérêt de l'enfant.

Ainsi que l'a retenu le premier juge, l'intérêt de l'enfant C est de continuer à vivre avec ses deux demi-frères et de ne pas subir une séparation de ceux-ci.

Au vu du contrat de bail du 16 mai 2012, Mme B et son compagnon ont loué un appartement comprenant notamment un hall d'entrée, un living avec feu ouvert, deux chambres à coucher, une cuisine équipée, une salle de bains, un garage, avec droit d'accès à un jardin commun à un autre appartement. Même si le logement avec deux chambres à coucher n'est pas spacieux pour deux adultes et trois enfants, il ne constitue pas un cadre de vie qui justifierait de séparer un enfant né le 13 avril 2008 de ses deux demi-frères.

Le changement de garde imposerait aussi à l'enfant une séparation de son milieu scolaire.

La demande d'attribution de la garde au père n'est donc pas justifiée.

L'appel afférent est à rejeter.

3. La condition de la résidence au Luxembourg

Craignant un départ du Luxembourg pour l'Algérie de Mme B et de l'enfant commun, Mme B étant de nationalité algérienne, M. A demande à ce que la garde soit soumise à la condition d'une résidence au Luxembourg de la mère et de l'enfant.

Ainsi que l'a relevé Mme B, elle vit au Luxembourg avec deux autres enfants scolarisés.

Elle a déclaré que la situation en Algérie n'est pas de nature à inciter à faire le choix d'un départ pour ce pays, malgré ses origines.

Mme B a pris en location un appartement à (...) pour une durée de trois ans à compter du 25 mai 2012.

Aucun élément particulier permettant d'admettre un risque réel et concret d'une violation des droits du père par un déplacement illicite de Mme B n'est établi et il n'y a pas lieu de faire droit aux conclusions tendant à ce que l'attribution de la garde soit soumise à une condition de résidence.

L'appel afférent n'est pas fondé.

4. Le droit de visite et d'hébergement

M. A demande un droit de visite additionnel chaque mardi à la sortie de l'école jusqu'à 19 heures.

Mme B demande la suppression du droit de visite chaque jeudi après-midi. Elle demande la réduction du droit de visite et d'hébergement des fins de semaine du vendredi 18 heures au dimanche 19 heures à un droit de visite tant le samedi que le dimanche de 10 à 18 heures.

M. A conteste fréquenter les cafés avec l'enfant commun. Au vu d'une attestation testimoniale, il est établi que le père était au café jeudi 10 mai 2012, tandis que l'enfant C jouait devant le café.

Cependant, la durée de ce séjour au café n'est pas établie. Il n'est pas non plus établi que M. A emmène son enfant au café de manière fréquente et régulière.

Au vu de différents témoignages, M. A ne s'est pas toujours occupé de manière attentive et patiente de son enfant. Il a même utilisé de corrections physiques à l'égard de l'enfant.

Même si la mère demande la réduction partielle du droit de visite et d'hébergement, celle-ci ne considère pas elle-même le comportement du père de nature à justifier une suppression du droit de visite et d'hébergement, notamment durant les vacances scolaires.

Le dossier ne contient pas d'éléments qui plaideraient pour une suppression intégrale de ce droit (qui n'est pas demandée) ou une suppression du droit de visite le jeudi et une réduction du droit de visite et d'hébergement en fin de semaine.

La demande de suppression du droit d'hébergement et de réduction du temps d'exercice du droit de visite durant les fins de semaine à deux jours de 10 heures à 18 heures n'est pas justifiée. L'appel afférent n'est pas fondé.

Cependant, afin de permettre une bonne préparation à la semaine, il est indiqué que l'enfant, âgé de près de cinq ans, rentre chez sa mère le dimanche à 18 heures, au lieu de 19 heures.

Comme il est établi que le père emmène l'enfant aux séances de sports du jeudi et que les parties n'ont pas précisé à la Cour à quelle heure l'entraînement prend fin, il convient de ne pas modifier l'heure du retour fixé le jeudi à 19 heures.

Le droit de visite du père s'exerçant chaque jeudi, il convient de permettre à l'enfant d'être chez lui l'autre après-midi libre.

L'appel tendant à l'extension du droit de visite au mardi est donc à rejeter.

5. Les dépens

Le recours à la juridiction d'appel ayant été nécessaire et dans l'intérêt des deux époux pour déterminer la garde et le droit de visite et d'hébergement de l'enfant commun mineur durant la procédure de divorce, les dépens de l'instance d'appel sont à partager par moitié entre les deux époux.

Par ces motifs,

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

déclare les appels recevables,

déclare l'appel de M. A non fondé,

déclare l'appel de Mme B partiellement fondé,

confirme l'ordonnance en ce qu'elle concerne la garde provisoire de l'enfant commun mineur,

confirme l'ordonnance en ce qu'elle concerne le droit de visite chaque jeudi,

réformant, dit que l'enfant est à ramener par le père le dimanche à 18 heures,

rejette la demande d'un droit de visite le mardi,

condamne tant M. A que Mme B à la moitié des dépens de l'instance d'appel.

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.