

Arrêt référé (divorce).

Audience publique du dix avril deux mille treize.

Numéro 39329 du rôle.

Composition:

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

Entre :

A, employé, demeurant à (...),

*appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Guy Engel de
Luxembourg en date du 29 novembre 2012,*

comparant par Maître Roy Reding, avocat à Luxembourg,

e t :

B, étudiante, demeurant à (...),

intimée aux fins du susdit exploit Guy Engel,

comparant par Maître Claude Collarini, avocat à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Par une ordonnance contradictoire du 9 novembre 2012, le juge des référés de Luxembourg, réglant les mesures provisoires durant la procédure de divorce des parties a, entre autres dispositions, confié à B la garde provisoire des enfants mineurs communs C, née le (...) et D, né le (...) et a accordé à A un droit de visite chaque deuxième semaine à exercer, dans une première phase au centre X, sis à (...), suivant un horaire à convenir avec ledit établissement ainsi qu'a condamné A à payer à B la somme de (2x 250 =) 500 € par mois à titre de contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants communs pour la première fois le 26 juillet 2012 ainsi qu'à la somme de 300 € par mois à titre de secours

alimentaire à titre personnel pour la première fois le 26 juillet 2012 et a dit que le secours alimentaire à titre personnel prend fin le 13 septembre 2013 ainsi qu'a refixé l'affaire pour continuation des débats quant au volet du droit de visite et d'hébergement et a transmis le dossier au Ministère Public à telles fins que de droit et notamment pour lui permettre de prendre des conclusions à l'audience du 14 janvier 2013 quant au droit de visite et d'hébergement sollicité par le père.

A a, par exploit de l'huissier du 29 novembre 2011, régulièrement relevé appel de cette ordonnance.

Il conclut à ce que, par réformation de la décision entreprise, la garde des enfants lui soit attribuée ainsi que, par voie de conséquence, à ce qu'il soit déchargé de la pension à payer pour les enfants et, à titre subsidiaire, de lui accorder un droit de visite et d'hébergement normal. Il demande encore que l'intimée soit déboutée de sa demande en obtention d'un secours alimentaire à titre personnel et qu'il en soit déchargé. A titre subsidiaire, il fait valoir que B pourrait tout au plus prétendre à un secours alimentaire d'un montant inférieur à celui retenu par le juge du premier degré et demande d'en limiter la durée jusqu'à la fin des cours à savoir le 13 juillet 2013.

A conteste l'existence d'un état de besoin dans le chef de B, qui en tant qu'étudiante devrait percevoir une bourse et disposerait de revenus propres lui permettant d'assurer son entretien et renvoie ensuite à des facultés contributives insuffisantes dans son propre chef pour justifier l'allocation à son épouse d'un secours alimentaire, a fortiori, à hauteur du montant admis par le juge des référés. L'intimée ne serait, enfin, en aucun cas en droit de prétendre à une pension alimentaire non limitée dans le temps.

L'intimée conclut à la confirmation de l'ordonnance entreprise en ce qui concerne la garde des enfants ; le rapport d'enquête sociale aurait conclu à lui attribuer la garde et au rejet de l'appel pour le surplus. Elle est d'avis que ses prétentions seraient justifiées au regard des facultés financières de l'appelant. Elle fait valoir que l'époux aurait quitté le domicile conjugal en mai 2012 et l'aurait délaissée avec les deux enfants sans payer une contribution et elle aurait dû recourir à l'argent prêté par sa famille. Elle aurait entrepris des études d'institutrice actuellement en troisième année, suite à une décision commune des époux. Elle aurait survécu, après le départ de son époux, grâce à l'aide financière de sa mère. Elle aurait fait une demande en obtention du RMG qui n'aurait pas abouti en raison de son statut d'étudiante. Elle aurait obtenu une bourse d'étudiante de 3.000 € seulement en février 2013 et devrait faire une nouvelle demande pour obtenir la prochaine tranche.

Elle expose encore que le salaire nominal de l'époux n'aurait pratiquement pas varié au fil du temps. Il serait ainsi démontré qu'il aurait les moyens financiers nécessaires pour payer une pension.

La garde

La Cour relève que l'époux ne critique pas l'ordonnance entreprise en ce qu'elle a accordé à l'épouse le domicile conjugal à titre de résidence séparée.

Chacun des deux parents, mère ou père, doit, à priori, bénéficier de la possibilité d'obtenir la garde d'un enfant commun, du moment qu'il a les qualités morales requises et dispose de l'infrastructure matérielle pour pouvoir exercer cette garde. La décision sur la garde de l'enfant doit prendre en considération de nombreuses circonstances de fait tenant à l'enfant ou aux parents, dont généralement aucune n'est décisive, mais dont chacune a un poids plus ou moins important dans la formation de l'intime conviction du juge, en fonction notamment de la représentation qu'il a des éléments essentiels qui conditionnent le bon développement de l'enfant et de son intérêt.

En l'occurrence, il résulte des renseignements fournis en cause que A a pris en location un appartement, suite à la mesure d'expulsion prononcée à son encontre, et ne vit actuellement plus au domicile conjugal mais dans un studio.

Il s'ensuit que les conditions actuelles de logement du père, telles que décrites notamment dans le rapport d'enquête sociale du 7 décembre 2012, à savoir un studio composé d'un séjour avec cuisine ouverte, d'un WC séparé, d'une salle de bain, d'une chambre à coucher avec un lit double, ne lui permettent pas d'accueillir ses enfants pour l'exercice de la garde. Par ailleurs les enfants vivent depuis mai 2012 auprès de leur mère au domicile conjugal qui dispose de chambres et de lits en nombre suffisant pour que chaque enfant ait sa propre chambre.

Pour le surplus, le père reste en défaut de justifier le moindre élément de nature à mettre en doute les capacités éducatives de B; il ne prouve pas qu'elle serait indigne de s'occuper des enfants mineurs communs, ni que l'attribution de la garde au profit de leur mère aurait des conséquences négatives sur le mode de vie des enfants, leur développement, leur éducation, leur avenir, leur bonheur et leur équilibre.

En l'espèce, il faut privilégier, pour l'attribution de la garde des enfants communs, celui qui offre une grande disponibilité pour les enfants, ce qui est le cas pour la mère, qui secondée par sa famille s'en occupe lorsqu'elle revient de ses cours. Le père occupe un emploi rémunéré à temps plein.

Compte tenu de tout ce qui précède, il y a lieu de maintenir la garde des enfants mineurs communs auprès de leur mère, ceci pour le plus grand bien desdits enfants, qui sont davantage encadrés par leur mère que par leur père, en raison d'une plus grande disponibilité de la mère, qui dispose pour le surplus d'un logement plus spacieux et dès lors mieux adapté aux besoins des enfants.

L'appel n'est partant pas fondé à cet égard. Il est superfétatoire d'analyser les développements de part et d'autre quant à la pension alimentaire pour les enfants alors que le père reconnaît le montant de la pension à payer

pour ses enfants et demande, à titre subsidiaire, la confirmation de l'arrêt à cet égard.

Le droit de visite et d'hébergement

A demande un droit de visite et d'hébergement classique.

B fait valoir que le père exercerait depuis peu régulièrement le droit de visite le samedi et le dimanche pendant la journée. En raison du fait qu'il ne disposerait que d'une chambre dans son logement, il ne pourrait exercer le droit d'hébergement.

L'époux conteste les faits avancés par la mère.

Si l'intérêt de l'enfant constitue le véritable critère de la détermination par le juge du titulaire du droit de garde, il est plus difficile d'affirmer qu'il fonde uniquement et directement le droit de visite (Ph. Simler, La notion de garde de l'enfant; R.T.D.C. 1965, p. 232). Il est dès lors normal qu'un père puisse voir son enfant à moins qu'il ne soit démontré qu'il est indigne ou que leur rapprochement risque d'être contre-indiqué ou dangereux. Les préférences et sympathies de l'enfant ne sauraient être déterminantes à cet égard et son opposition doit être envisagée avec circonspection

Les liens entre un enfant et son père sont aussi nécessaires à son développement harmonieux que ceux qui l'unissent à sa mère, le droit de visite et d'hébergement doit être organisé en fonction des circonstances particulières de chaque espèce pour préserver autant que possible les intérêts de l'enfant. Il ne saurait être restreint qu'exceptionnellement s'il existe des contre-indications sérieuses tirées de l'intérêt de l'enfant, abstraction faite des velléités des parents, d'éventuelles contrariétés par eux ressenties.

En l'espèce, les parties sont opposés sur les modalités d'exécution du droit de droit de visite et d'hébergement de leurs enfants âgés de 7 et de 4 ans.

Les violences conjugales qui s'étaient déroulées en présence des enfants, qui n'avaient plus revu leur père depuis son expulsion du domicile conjugal, avaient été prises en considération dans l'organisation des droits à conférer au père par le juge de première instance, pour accorder au père un droit de visite à exercer - dans une première phase - dans le cadre du centre X et qui avait réservé au stade actuel de la procédure le droit d'hébergement.

Le droit de visite s'exerce entre-temps le samedi et le dimanche.

L'épouse, qui met en évidence ses propres capacités éducatives, omet d'établir des circonstances graves tirées de l'intérêt des enfants justifiant un changement de cette situation de fait. Aucun élément du dossier ne permet de conclure que les enfants ne soient pas bien pris en charge par leur père et risquent d'être exposés à des perturbations inévitables engendrées par une modification profonde de leur cadre de vie. Les craintes purement théoriques de l'épouse ne sauraient être prises en

considération pour soustraire les enfants au droit de visite et d'hébergement classique sous réserve de ce qui sera retenu ci-après en ce qui concerne le droit d'hébergement.

En effet, il n'existe plus, comme lors des débats devant le juge de première instance, des éléments précis et concordants impliquant un comportement nocif du père à l'égard des enfants. Le maintien des contacts entre les enfants et leur père se justifie dans ces circonstances dans l'intérêt des enfants. Aucun indice sérieux ne permet à la Cour de limiter plus encore, à l'heure actuelle, le droit de visite et d'hébergement dans le sens voulu par l'épouse, ce d'autant moins qu'il appartient à B qui a la garde des enfants, de préparer ceux-ci au bon déroulement des droits de visite et d'hébergement, en favorisant le contact entre les enfants et le parent non-gardien.

Si les conditions de logement du père s'opposent à lui voir accorder la garde des enfants, alors qu'il ne dispose que d'une chambre avec un seul lit et qu'il n'y a pour le moment pas de lits disponibles au logement du père pour héberger les enfants, rien ne s'oppose à l'heure actuelle, en période scolaire, à régulariser la situation de fait et à lui accorder le droit de visite le samedi et le dimanche de 10 à 17.30 heures et de réserver le droit d'hébergement jusqu'à ce qu'il ait aménagé des places et des lits pour permettre aux enfants de dormir chez lui dans son logement actuel, respectivement qu'il ait trouvé un logement plus adéquat pour les héberger.

En ce qui concerne les vacances d'été, il y a lieu d'accorder au père un droit d'hébergement, dans la mesure où B reste en défaut d'établir en quoi il serait contraire aux intérêts des enfants que le père exerce un droit de visite et d'hébergement pour ces vacances pendant quatre semaines d'affilée afin de lui permettre de se rendre à l'étranger. En effet comme les deux parties partent en vacances tous les deux, il est évident qu'il y a lieu d'accorder à chacun des parents la possibilité de passer la moitié des vacances scolaires d'été avec leurs enfants à l'étranger. L'âge des enfants ne s'oppose pas à ce que le père exerce un droit de visite et d'hébergement pendant quatre semaines d'affilée.

Il y a partant lieu de lui accorder un droit de visite selon les modalités plus amplement détaillées pour les fins de semaines et un droit d'hébergement pendant les vacances d'été et de réserver le droit d'hébergement pendant les fins de semaines et les autres vacances en attendant l'aménagement des conditions de logement des enfants chez le père.

Rien n'empêche cependant les parents, dans l'intérêt des enfants et de la bonne administration de ce droit de visite et d'hébergement, d'être flexibles par rapport aux temps et périodes accordés par le juge des référés en cas de demande de l'autre époux pour des motifs pertinents et justifiés, comme par exemple les fêtes des pères et des mères respectivement toute autre occasion particulière, sans que le juge ne soit obligé de statuer plus particulièrement par rapport à ces jours.

L'appel de A est partant à déclarer partiellement fondé.

La pension alimentaire à titre personnel

L'intimée n'a pas interjeté appel incident en ce qui concerne la pension à titre personnel.

Il convient, s'agissant des situations financières des parties respectives de l'époque, de renvoyer aux renseignements figurant dans l'ordonnance déférée.

Les revenus de l'appelant, tels qu'ils résultent des fiches versées, n'ont pratiquement pas varié depuis la première instance.

Etant donné que A touche un salaire en janvier 2013 de 3.111,37 € et a déguerpi de l'ancien domicile conjugal, le juge de première instance a correctement évalué des charges en rapport avec son relogement, frais qui s'élèvent à l'heure actuelle à 980 € pour le loyer. Il a touché en décembre 2012 un salaire net de 5.698 € comprenant le treizième mois. Selon le courrier de la banque Y, il payera à partir du mois de mars 2013 un montant de 758,94 € à titre de remboursement du prêt immobilier pour le logement commun, remboursement qui avait été suspendu jusqu' à ce moment, l'époux ne payant que les intérêts du prêt pour un montant de 305 €.

B n'a droit à un secours alimentaire de la part de son époux qu'à la condition de se trouver dans l'impossibilité de subvenir elle-même à ses besoins et de l'existence de facultés contributives suffisantes dans le chef de A.

La situation financière de B n'a pas changé de manière significative entre-temps, sauf qu'elle touche à l'heure actuelle une bourse d'études de 3000 €.

B poursuit toujours des études et elle ne dispose actuellement pas de revenus provenant d'une occupation salariée. Entre-temps elle touche pour un quadrimestre un montant de 3000 € à titre de bourse, ce qui fait 750 € par mois, à titre d'aide financière pour financer ses études et ses besoins. La garde provisoire des enfants lui étant attribuée, B touchera les allocations familiales. Outre les frais de la vie courante et des frais d'inscription à l'école (447,24 €), B n'a pas de frais extraordinaires à sa charge alors qu'elle habite à titre gratuit le logement conjugal et que l'époux rembourse les mensualités du prêt.

Il n'est pas contesté que les enfants fréquentent actuellement un établissement d'accueil. D'après les décomptes chèque service-accueil versés au dossier (factures du mois de novembre 2012) les frais à charge de l'épouse pour C s'élèvent à 92 €, les frais pour D s'élèvent à 68 € par mois.

Il résulte des développements faits ci-avant que B est actuellement toujours dans le besoin. En effet, la bourse d'études pour le premier quadrimestre de l'année scolaire 2012/2013 n'a été versée qu'en février 2013 et elle doit faire une nouvelle demande pour le quadrimestre en cours qui sera versé également avec un certain retard. A défaut de

paiement régulier de la bourse qui est destinée essentiellement à couvrir ses frais d'études et ses besoins, la bourse versée ne suffit pas pour lui permettre de vivre convenablement et pour couvrir les frais courants de son logement et d'une famille composée de 3 personnes. D'après l'attestation établie par l'école Z, elle est actuellement inscrite en « troisième bachelier ». D'après ce même certificat, les études durent trois ans et l'année académique 2012-2013 se termine le 13 septembre 2013. Afin de permettre à B de terminer ses études, il y a lieu de confirmer la pension alimentaire lui accordée par le juge de première instance et ce jusqu'au 13 septembre 2013.

Force est de constater que les facultés contributives de A lui permettent le paiement du secours réclamé, évalué à juste titre par le juge de première instance au montant de 300 €.

Le juge de première instance a partant correctement, compte tenu de l'état de besoin de B et des facultés contributives de A, fixé la contribution mensuelle à payer à titre personnel à la somme de 300 €. Le salaire de A lui permet de payer cette contribution.

Le point de départ des pensions alimentaires

Aux termes de l'article 267 bis alinéa 1 du Code civil, le juge des référés a compétence pour régler les mesures provisoires durant l'instance en divorce. Il s'ensuit que le juge des référés ne saurait faire rétroagir la condamnation au paiement d'une pension alimentaire à une date antérieure à l'introduction de la demande en divorce.

Pour des motifs que la Cour adopte, le juge de première instance a, à bon droit, fait débiter le paiement des pensions alimentaires à partir du 26 juillet 2012, date de l'assignation en divorce.

L'appel n'est partant pas fondé et il y a lieu de confirmer l'ordonnance de première instance.

Par ces motifs,

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

déclare l'appel de A recevable;

dit l'appel partiellement fondé ;

par réformation,

dit que, sauf arrangement contraire entre parties, le séjour des enfants auprès de leur père s'organisera comme suit :

dit que A pourra faire chercher et recevoir les enfants communs chaque première, deuxième, quatrième et cinquième fin de semaine le samedi et le dimanche de 10.00 à 17.30 heures, ainsi que pendant la moitié des vacances scolaires d'été, en l'occurrence, la première moitié des

vacances scolaires d'été les années paires et la deuxième moitié les années impaires ;

fixe le droit de visite et d'hébergement pendant les vacances d'été du 15 juillet à 12.00 heures au 15 août 12.00 heures respectivement du 15 août 12.00 heures au 13 septembre 12.00 heures en alternance une année sur l'autre ;

réserve le droit d'hébergement pour le surplus ;

confirme l'ordonnance déferée pour le surplus ;

condamne A et B chacun à la moitié des frais et 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.