

Arrêt référé (divorce).

Audience publique du vingt-quatre avril deux mille treize.

Numéro 39239 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 L-(...),

*appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Guy Engel de
Luxembourg en date du 27 juin 2012,*

comparant par Maître Elisabeth Machado, avocat à Luxembourg,

e t :

B.), fonctionnaire européen, demeurant à L-(...),

intimée aux fins du susdit exploit Guy Engel,

comparant par Maître Andrée Braun, avocat à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Par ordonnance du 16 avril 2012, le juge de référé-divorce du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, statuant sur les mesures provisoires de la procédure de divorce pendante entre A.) et B.), a confié à la mère la garde provisoire des enfants communs C.), D.) et E.), actuellement âgés respectivement de 14 ans, de 12 ans et de 8 ans, et a accordé au père un droit de visite et d'hébergement élargi s'exerçant, en période scolaire, chaque deuxième semaine du jeudi, à la sortie de classe des enfants, au mardi suivant, à la rentrée des classes ; le juge des référés a réparti le droit d'hébergement durant les vacances scolaires d'une semaine, soit les vacances de Carnaval, de Pentecôte et de la Toussaint, de façon

alternante entre père et mère et chaque fois pour une semaine entière suivant les plus amples dispositions de la prédite ordonnance ; quant au droit d'hébergement durant les vacances scolaires d'été comptant huit semaines en tout, le juge des référés a scindé le temps des vacances en quatre périodes de quinze jours chacune et les a réparties de façon alternante entre père et mère, le père commençant avec la première tranche les années paires et pareillement pour la mère les années impaires. Le juge des référés a condamné A.) à payer à B.) un secours alimentaire mensuel indexé de trois fois 285 € pour les trois enfants à partir de la date de la demande du 30 janvier 2012.

Par acte d'huissier du 27 juin 2012, A.) a relevé appel de cette ordonnance pour voir instaurer, conformément à sa demande introductive de première instance du 23 décembre 2011, la garde alternée suivant un roulement hebdomadaire avec jour de changement le vendredi, à la sortie d'école, et pour voir fixer la résidence habituelle des enfants au domicile paternel. Il a critiqué dans l'acte d'appel la scission des vacances scolaires d'été en périodes de quinzaine et sa condamnation au paiement d'une pension alimentaire pour les enfants.

Après comparution personnelle des parties devant la présente juridiction et audition des enfants, les fils aînés C.) et D.) ayant confirmé de nouveau leur souhait de voir continuer la pratique suivie, en fait, pour ce qui les concerne, depuis septembre 2012, consistant à être auprès de leur père une semaine sur deux, B.) ne s'est plus opposée, quant à C.) et D.), à la demande de A.) de partager le droit d'hébergement, en période scolaire, de façon égalitaire suivant un roulement hebdomadaire.

Quant à E.), suivant les renseignements donnés en cause par la partie A.), les père et mère auraient appliqué, après l'ordonnance du 16 avril 2012, sur l'insistance de B.), « l'ancien régime ».

Dans l'ancien régime, tel qu'il a été pratiqué depuis la séparation des époux, soit janvier 2011, jusqu'à la fin de décembre 2011 – et qui avait d'ailleurs été entériné dans la convention de divorce par consentement mutuel des parties d'août 2011, actuellement caduque –, A.) avait la garde des enfants du lundi soir au mardi matin, et, ensuite, B.), du mardi, à midi, jusqu'au jeudi soir ; du jeudi soir au lundi matin, les enfants étaient alternativement chez l'un et chez l'autre parent.

A noter que dès janvier 2012 où A.) se voyait accorder comme cadre supérieur de banque le bénéfice de télétravail, il avait instauré d'office, sans attendre la décision du juge de référé-divorce saisi par assignation du 23 décembre 2011, un régime d'hébergement égalitaire de vendredi à vendredi pour tous les trois enfants. Il paraît que, sous ce régime, E.) a été fatigué et distrait à l'école et, selon les observations de l'avocat des enfants, Maître Anne Roth, tant en première instance que devant la présente juridiction, E.) lui a confié vouloir être davantage avec sa mère.

En considération de la situation particulière de E.), le premier juge, dans le souci de ne pas séparer la fratrie, avait institué un régime d'hébergement unitaire suivant lequel les enfants sont auprès de la mère du mardi au jeudi midi de la semaine suivante, et auprès du père du jeudi midi au

mardi matin. A noter que ce régime coïncide pratiquement avec celui d'un accord écrit des père et mère du 4 janvier 2011 inclus parmi les pièces du dossier, sauf que, suivant cet accord, le père disposait encore d'un hébergement une nuit dans la période d'hébergement de la mère.

Suivant les renseignements recueillis lors de la comparution des père et mère avec les enfants, E.) s'est vu appliquer, depuis septembre 2012, le régime tel qu'institué dans l'ordonnance déférée, soit neuf jours à la mère et 5 jours au père.

A l'audience devant la Cour, la partie A.) a demandé à appliquer à E.) le même régime d'hébergement égalitaire que celui de ses frères aînés, tandis que la partie B.) s'est prononcée, quant à E.), pour le maintien du régime actuel et, en tout cas, pour avoir E.) sous sa garde les après-midi de mardi et de jeudi. Il est à noter aussi qu'actuellement A.) habite dans une maison qu'il a fait construire à (...) dans la même rue que celle du domicile conjugal où B.) a continué à habiter.

D'un côté, il faut veiller à ne pas séparer la fratrie. D'un autre côté, il faut avoir égard au fait qu'étant un enfant jeune, E.) est encore naturellement attaché à sa mère et qu'il a d'autres besoins et préoccupations que ses frères aînés qui ont tendance à aller leur propre chemin.

Eu égard à ces considérations, la Cour décide d'appliquer également à E.) le régime d'hébergement égalitaire, mais en le confiant à la garde de sa mère les après-midi de mardi et de jeudi dans les semaines où il se trouve sous la garde du père.

Quant au jour de « changement de bras », il y a lieu d'adopter, non pas le jour de jeudi revendiqué par B.), mais le vendredi après-midi où se termine également le cycle scolaire hebdomadaire, jour qui correspond d'ailleurs aux souhaits de C.).

Les parties litigantes se sont accordées, quant aux vacances scolaires d'été, à les découper en deux tranches de trois semaines et en deux tranches d'une semaine. Conformément aux dispositions de l'ordonnance déférée répartissant le droit d'hébergement en distinguant suivant les années paires et impaires, le droit d'hébergement s'exercera dans les années paires dans l'ordre suivant, à savoir : trois semaines pour A.), trois semaines pour B.), une semaine pour A.), et une semaine pour B.), et vice versa les années impaires. La répartition du droit d'hébergement durant les vacances scolaires d'une semaine telle qu'opérée dans l'ordonnance attaquée n'est pas litigieuse en instance d'appel.

A.) a demandé à voir fixer sous le régime de la garde alternée le domicile légal des enfants en son domicile. La partie B.) a conclu, à ce sujet, au maintien de la décision de première instance qui, dans la terminologie classique, a confié à la mère la garde provisoire des enfants contre un droit de visite et d'hébergement élargi au père.

Il faut savoir que l'autorité parentale reste conjointe entre époux divorcés (arrêt de la Cour constitutionnelle du 12 déc. 2008, n° 47, déclarant inconstitutionnels les articles 302, al. 1^{er} et 378, al. 1^{er} C. civ. dans la

mesure où ils n'autorisent pas l'exercice conjoint par les deux parents divorcés de l'autorité parentale sur les enfants communs ; cf. à propos des enfants naturels : arrêt de la Cour constitutionnelle du 26 mars 1999, n° 7, déclarant inconstitutionnel l'article 380, al. 1^{er} C.civ.). Il faut en conclure qu'au stade de l'instance en divorce, l'autorité parentale reste également conjointe au cas où la garde des enfants a été confiée à l'un des parents au titre de mesure provisoire, sauf décision judiciaire contraire. L'autorité parentale s'exerçant à travers la garde matérielle de l'enfant, le parent bénéficiant d'un « droit de visite et d'hébergement » exerce donc, désormais, également l'autorité parentale lorsqu'il exerce son droit aux relations avec l'enfant ; il est légalement investi de la garde de l'enfant au même titre que l'autre parent qui s'est vu confier formellement la « garde » de l'enfant.

Dans le régime distinguant entre « garde provisoire » et « droit de visite et d'hébergement » (respectivement, suivant la nouvelle terminologie légale belge, entre hébergement principal et hébergement secondaire), l'enfant est domicilié chez le parent investi formellement de la garde ; c'est aussi ce parent qui, corrélativement, doit assumer les principales dépenses d'entretien et d'éducation de l'enfant. Dans le régime de la « garde alternée » (respectivement, suivant la nouvelle terminologie légale belge, le régime de l'hébergement égalitaire), il faut fixer le lieu du domicile légal de l'enfant chez l'un ou l'autre parent.

En l'espèce, la Cour fixe le domicile légal des enfants à l'adresse de l'ancien domicile conjugal, soit au domicile de la mère. Cette solution est d'autant plus justifiée que, d'après les renseignements du dossier, c'est la mère qui a assuré le suivi scolaire des enfants et a été la personne de contact du personnel enseignant des enfants.

Quant à la pension alimentaire indexée de 285 € par mois et par enfant que A.) a été condamné à payer à B.), A.) a relevé appel pour s'en voir décharger, sinon, suivant ses dernières conclusions, pour la voir réduire à 80 € par mois pour chaque enfant, notamment au cas où le domicile des enfants est fixé chez la mère. Il a encore conclu, de son côté, à se voir allouer un secours alimentaire mensuel de 80 € par enfant. La partie A.) a indiqué avoir pourvu aux principales dépenses des enfants jusqu'en avril 2012, soit jusqu'au prononcé de l'ordonnance de référé du 16 avril 2012. La partie B.) a conclu, par appel incident, à se voir accorder au titre de la contribution pour les enfants le montant réclamé en première instance de 450 € par mois et par enfant.

B.) gagne comme employée à la Commission européenne à Luxembourg un salaire net de 5.560,87 € par mois, y compris les prestations familiales se chiffrant à 1.390,18 €. Le coût du « centre d'études » fréquenté par E.), d'un montant mensuel d'environ 100 €, est déduit d'office du salaire payé.

B.) rembourse un prêt hypothécaire par des mensualités de 2.171 €. Au regard de ces données, il lui reste donc un salaire disponible de près de 3.290 €.

A.) avait gagné dans le secteur bancaire, en les années 2009 à 2012 – rémunération fixe et rémunération variable confondues par année – un

revenu mensuel net variant entre 12.000 € et 15.700 €. Après avoir eu d'abord un loyer à charge de 1.400 € par mois lors de la séparation des époux, A.) rembourse actuellement un prêt hypothécaire par des mensualités de 2.279,50 €.

Le montant de 285 € par mois et par enfant retenu par le premier juge reste adéquat au titre de la contribution de A.) aux grosses dépenses des enfants, étant entendu que, dans les circonstances de l'espèce, chaque parent doit supporter les frais d'entretien courants des enfants dans la période où il les héberge. Le point de départ de la pension est fixé au 16 avril 2012. A.) n'a pas droit à un secours alimentaire pour les enfants.

Par ces motifs,

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

reçoit l'appel principal de A.) et l'appel incident de B.),

réformant :

dit qu'en période scolaire, sauf meilleur accord des parties, la garde provisoire des enfants C.), D.) et E.) sera exercée alternativement par les père et mère suivant un roulement hebdomadaire avec jour de changement le vendredi après-midi, à charge pour le parent respectif d'amener les enfants au domicile de l'autre parent, sous la réserve que E.) sera sous la garde de sa mère les après-midi de mardi et de jeudi, de 14 heures à 18 heures, dans la période d'hébergement revenant au père,

dit que dans les grandes vacances d'été, la garde des enfants sera exercée les années paires dans l'ordre suivant, à savoir : trois semaines pour A.), trois semaines pour B.), une semaine pour A.), et une semaine pour B.), et vice versa les années impaires,

fixe le domicile légal des enfants au domicile de B.), soit actuellement à L- (...),

maintient la condamnation de A.) à payer à B.) une contribution aux frais des enfants d'un montant indexé de 285 € par mois et par enfant, sauf à en reporter le point de départ au 16 avril 2012,

partant, dit non fondé l'appel incident de B.) relatif à ladite contribution et dit non fondée la demande de A.) au paiement d'un secours alimentaire pour les enfants,

confirme l'ordonnance déferée pour le surplus,

fait masse des frais et dépens des deux instances et les impose par moitié à l'une et à l'autre partie litigante.

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.