

Arrêt N°199/17 – II – REF DIV

Audience publique du vingt-neuf novembre deux mille dix-sept

Numéro 45102 du rôle

Composition:

Christiane RECKINGER, présidente de chE,  
Karin GUILLAUME, premier conseiller,  
Carine FLAMMANG, conseiller, et  
Christian MEYER, greffier assumé.

E n t r e :

**A**, demeurant à L-(...);

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant  
Cathérine NILLES, en remplacement de l'huissier de justice Patrick  
KURDYBAN de Luxembourg en date du 28 juillet 2017,

comparant par Maître Sabrina MARTIN, avocat à la Cour, demeurant  
à Luxembourg,

e t :

**B**, demeurant à L-(...);

intimée aux fins du susdit exploit NILLES,

comparant par Maître Jean-Georges GREMLING, avocat à la Cour,  
demeurant à Luxembourg,

en présence de Maître Valérie DUPONG, avocat à la Cour,  
demeurant à Luxembourg, représentant les intérêts des mineurs C,  
né le (...), et D, né le (...).

## LA COUR D'APPEL:

Statuant dans le cadre des mesures provisoires accessoires au divorce, le juge des référés du tribunal d'arrondissement de Luxembourg a, suivant ordonnance du (...), autorisé B à résider séparée de son époux durant l'instance au domicile conjugal, ordonné à A de déguerpir de cette adresse, confié à B la garde provisoire des deux enfants communs mineurs C, né le (...) et D, né le (...) et accordé à A un droit un droit de visite et d'hébergement selon les modalités décrites dans le dispositif de l'ordonnance.

Contre cette ordonnance non signifiée appel a été régulièrement relevé par A suivant exploit d'huissier du 28 juillet 2017.

L'appelant conclut à la nullité de l'ordonnance entreprise pour violation de l'article 89 de la Constitution, reprochant au juge des référés de ne pas avoir suffisamment motivé le chef de l'ordonnance relatif à l'attribution de la garde provisoire des deux enfants communs mineurs. Le juge de première instance aurait en effet omis de préciser les raisons l'ayant amené à ne pas confier la garde provisoire au père.

Pour autant que le moyen de nullité invoqué ne soit pas accueilli favorablement, l'appelant demande à se voir confier, par réformation de la décision entreprise, la garde provisoire des deux enfants communs mineurs, sinon de voir dire que la garde provisoire des deux enfants communs mineurs se fera de manière alternée, une semaine sur deux, sinon de se voir accorder un droit de visite et d'hébergement élargi par rapport à celui accordé par le premier juge.

A sollicite en tout état de cause l'institution d'une expertise psychologique du couple en vue de déterminer les capacités éducatives respectives et de rechercher si l'intérêt des enfants commandait d'attribuer la garde provisoire à la mère plutôt qu'au père.

A l'appui de son recours relatif à l'annulation de l'ordonnance entreprise, A fait valoir que le juge des référés s'est limité à dire que les capacités éducatives de la mère n'étaient pas mises en doute et que celles-ci justifiaient d'attribuer à B la garde provisoire des deux enfants communs mineurs sans préciser la ou les raisons s'opposant à ce que la garde provisoire soit confiée au père.

A l'appui de son recours relatif à la réformation de l'ordonnance entreprise, A fait valoir que les attestations testimoniales qu'il verse en cause prouvent qu'il est très présent auprès de deux enfants communs mineurs, qu'il s'en occupe avec amour et dévouement et est capable de leur procurer tous les soins matériels et éducatifs nécessaires à leur développement. Il fait souligner qu'en 2016,

lorsque son épouse a dû être hospitalisée en raison d'un problème de santé et durant la période de convalescence en résultant, c'était lui qui s'occupait seul des deux enfants communs mineurs. Ce serait dès lors lui le parent de référence des enfants, ce du moins au même titre que la mère.

Son emploi du temps auprès de son employeur lui permettrait de s'occuper des deux enfants, étant donné qu'il a la possibilité d'aménager son horaire de travail en le rendant flexible.

A fait finalement valoir que l'attitude d'B a profondément changé depuis sa sortie de l'hôpital en août/septembre 2016. Compte tenu de l'état dépressif d'B, il y aurait lieu de s'interroger si elle est à même de s'occuper seule des enfants.

En ordre subsidiaire, il y aurait d'accorder au père un droit de visite une semaine sur deux, respectivement d'instaurer le mode de la garde alternée, alors que ni le jeune âge des deux enfants, ni la mésentente entre les parents ne s'opposeraient à ce système qui aurait l'avantage de permettre aux deux parents d'entretenir des liens forts avec les deux enfants et le mérite de respecter l'équivalence des droits des deux parents.

En ordre plus subsidiaire, il y aurait lieu d'accorder au père un droit de visite et d'hébergement élargi par rapport à celui fixé par le juge des référés en disant que pendant la semaine se situant entre les weekends où il exerce son droit de visite et d'hébergement, il aura un droit de visite et d'hébergement non pas d'une mais de deux nuitées.

A verse encore une note écrite dans laquelle il décrit les modalités du droit de visite et d'hébergement à lui accorder, le cas échéant.

L'appelant donne finalement encore à considérer que c'est à tort que le juge des référés n'a pas procédé à l'institution d'une expertise psychologique, alors que cette mesure serait justifiée.

B conclut à la confirmation de la décision entreprise. Compte tenu du jeune âge des deux enfants communs, elle s'oppose au système de la garde alternée ainsi qu'à voir accorder au père un droit de visite et d'hébergement plus élargi que celui fixé par le juge des référés.

L'intérêt des deux enfants, seul critère à prendre en considération, commanderait de confier à la mère la garde provisoire, alors que ce serait elle qui serait le plus à même de sécuriser les enfants.

B donne à considérer qu'elle a encore un autre enfant, E, née d'une précédente union, que les deux enfants communs C et D ont toujours vécu et vivent encore ensemble avec leur sœur, les trois enfants formant une fratrie soudée qu'il n'y aurait pas lieu de séparer.

La partie intimée fait souligner que si son état de santé lui a joué des tours en août 2016, entraînant une hospitalisation suivie d'une période de convalescence, il n'en reste pas moins qu'elle s'est bien remise et a pu reprendre le travail dès novembre 2016. En 2017 elle a pris des congés supplémentaires afin d'avoir plus de temps pour s'occuper des enfants.

B fait valoir que depuis son hospitalisation, la situation familiale a profondément changé. Ce serait à partir de cette époque qu'il y a eu des désaccords profonds entre époux, notamment par rapport à la question de la scolarisation de C, le père ayant voulu l'inscrire à l'école publique luxembourgeoise alors que la mère souhaitait l'inscrire à l'école privée française dans laquelle est également inscrite E.

L'institution d'une expertise ne serait pas opportune.

L'avocat en charge de la défense des intérêts des deux enfants communs mineurs donne à considérer que les capacités éducatives des deux parents ne sont en l'espèce pas mises en doute, que les deux parents tentent de s'arroger le rôle du parent gardien, que les relations entre les deux parents sont conflictuelles, qu'E est très attachée à ses frères, qu'elle s'en occupe et était très déçue que C ne soit pas inscrit à l'école française. Auprès de la mère on noterait une vie calme au quotidien. Au vu du jeune âge des enfants communs mineurs et de la relation conflictuelle entre les parents, le mode de la garde alternée ne se concevrait pas.

L'avocat souligne que le parent qui ne se verra pas confier la garde devra respecter le fait que les enfants passent plus de temps avec le parent auquel la garde provisoire sera attribuée. Compte tenu de la situation conflictuelle entre parents, il y aurait lieu de fixer de manière précise les modalités de l'exercice du droit de visite et d'hébergement pendant les vacances scolaires.

#### *Appréciation de la Cour*

Quant à la demande tendant à voir annuler l'ordonnance entreprise pour défaut de motivation par rapport à la question de la garde provisoire, il est à noter que le juge des référés a dit que la garde provisoire était à toiser au regard de l'intérêt de l'enfant en retenant qu'en l'absence d'un quelconque élément établissant qu'B ne soit pas en mesure de s'occuper convenablement de l'éducation des deux enfants et de leur procurer la stabilité accrue dont ils ont besoin, la garde provisoire était à confier à la mère.

Même si cette motivation est sommaire, elle est toutefois suffisante, de sorte que le moyen de nullité invoqué laisse d'être fondé.

Quant au fond, il est rappelé que la garde ne revient jamais quel que soit l'âge de l'enfant de droit, par principe ou naturellement, à l'un des parents, l'attribution de la garde se faisant en fonction du seul intérêt de l'enfant qui impose notamment de lui assurer la plus grande stabilité possible dans une période de sa vie où il subit déjà la séparation de ses parents. Chacun des deux parents doit dès lors, a priori, bénéficier de la possibilité d'obtenir la garde de l'enfant commun du moment qu'il a les qualités morales requises et dispose de l'infrastructure matérielle pour pouvoir exercer la garde.

La décision relative à la garde doit prendre en considération de nombreuses circonstances de fait tenant à l'enfant et 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. Ainsi, le juge tiendra compte non seulement des besoins moraux, intellectuels, affectifs et physiques de l'enfant, mais encore de son âge, de sa santé, de son caractère, de son milieu familial. La notion du meilleur intérêt de l'enfant est une question d'équilibre entre ses divers besoins.

Dans la présente espèce la Cour a la conviction que les deux parents sont très attachés à leurs deux fils et sont en mesure tous les deux de leur offrir une situation matérielle et une éducation appropriées. Il découle, en effet, des attestations testimoniales versées de part et d'autre que chacun des parents fait preuve d'amour et d'attention pour les deux enfants qui sont attachés aux deux parents. On ne saurait dès lors affirmer que l'un des parents est davantage le référent que l'autre.

Quant aux autres circonstances de fait permettant de forger la conviction de la Cour, force est de constater que les deux enfants se trouvent en très bas âge, C étant actuellement âgé de trois ans et quatre mois tandis qu'D a un an et demi, que les deux fils ont toujours vécu et vivent actuellement ensemble avec leur sœur E et que l'avocat en charge de la défense des intérêts des enfants décrit l'ambiance de la situation familiale auprès de la mère comme paisible et sereine.

Face à ces constats, la Cour a l'intime conviction que l'intérêt des deux enfants commande de confier la garde provisoire à la mère, ceci ayant de surcroît comme conséquence que la fratrie entre E, C et D ne sera pas séparée et que les enfants continueront à habiter dans l'appartement dans lequel ils vivent depuis décembre 2015 et dans lequel ils ont leurs habitudes, ce qui constitue un facteur de sécurité non-négligeable.

C'est dès lors, à bon droit, que le premier juge a estimé qu'il était dans l'intérêt des enfants de confier la garde provisoire à la mère.

Quant au droit de visite et d'hébergement tel que demandé par l'appelant à titre subsidiaire qui revient en fait à instaurer un système de garde alternée avec un hébergement égalitaire, la Cour note que si ce système présente l'avantage de mettre les parents sur un strict pied d'égalité il est, toutefois, généralement admis que la résidence alternée présente des désavantages pour de très jeunes enfants qui ont besoin de stabilité et de régularité dans le déroulement de leur vie quotidienne et de se sentir en sécurité dans leur milieu familial et social.

C et D n'étant âgés que de trois ans, respectivement d'un an et demi, la Cour est d'avis que le droit de visite et d'hébergement tel que demandé par le père n'est pas dans leur intérêt, dès lors qu'il implique un changement de résidence toutes les semaines et ne permet pas aux enfants de trouver leurs repères dans un environnement stable et continu.

Dans le même ordre d'idées, la Cour considère qu'il n'y a pas lieu de faire droit à la demande du père tendant à se voir accorder une nuitée supplémentaire pendant la semaine située entre l'exercice du droit de visite du weekend, un tel système étant inadapté au vu de l'âge des deux enfants.

C'est dès lors à bon droit que le juge des référés n'a pas fait droit au droit de visite et d'hébergement élargi sollicité par A correspondant au mode de la garde alternée et c'est encore à bon escient que le droit de visite et d'hébergement a été fixé selon les modalités décrites dans le dispositif de l'ordonnance entreprise, sauf à y apporter certaines précisions au niveau des vacances scolaires.

C'est finalement encore à bon droit et pour des motifs auxquels la Cour se rallie que le juge des référés a dit n'y avait pas lieu d'instituer une expertise psychologique.

## **PAR CES MOTIFS**

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

reçoit l'appel en la forme ;

dit non fondé le moyen tendant à la nullité de l'ordonnance entreprise ;

dit l'appel non fondé ;

**confirme** l'ordonnance entreprise, sauf à préciser que pendant les vacances scolaires A exercera son droit de visite et d'hébergement comme suit :

**les années paires,**

- pendant la première moitié des vacances scolaires de Noël et de Pâques,
- pendant l'intégralité des vacances de Carnaval et de Toussaint,
- pendant les vacances scolaires d'été du 16 juillet, à 9.00 heures au 30 juillet à 18.00 heures et du 13 août, à 9.00 heures, au 27 août, à 18.00 heures,

**les années impaires,**

- pour les vacances de Noël de l'année scolaire 2017-2018 du 26 décembre 2017 à partir de 9.00 heures au 1<sup>er</sup> janvier 2018 à 18.00 heures,
- pour le surplus :
- pendant la deuxième moitié des vacances scolaires de Noël et de Pâques,
- pendant l'intégralité des vacances de Pentecôte,
- pendant les vacances scolaires d'été du 30 juillet, à 9.00 heures au 13 août, à 18.00 heures et du 27 août, à 9.00 heures, au 10 septembre à 18.00 heures,

**condamne** A aux frais et dépens de l'instance.