

Arrêt N°75/18 – II – REF DIV

Audience publique du vingt-huit mars deux mille dix-huit

Numéro CAL-2017-00052 du rôle

Composition:

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

Entre :

A, demeurant à L-(...)

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier suppléant Michèle BAUSTERT en remplacement de l'huissier de justice Patrick KURDYBAN de Luxembourg en date du 22 novembre 2017,

comparant par Maître Patricia JUNQUEIRA DE OLIVEIRA, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

et :

B, demeurant à L-(...)

intimée aux fins du susdit exploit BAUSTERT,

comparant par Maître Agnieszka JUNKER-DZIUDA, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

LA COUR D'APPEL:

Revu l'arrêt de la Cour du 15 décembre 2017 qui, après avoir déclaré recevable l'appel interjeté par A en date du 22 novembre 2017 contre l'ordonnance du 31 octobre 2017, a interprété ladite ordonnance concernant le droit de visite et d'hébergement de A pendant les vacances de Noël 2017 et a refixé la continuation des débats à une audience ultérieure.

A l'appui de son appel, A, qui, ayant trouvé un autre logement, renonce à sa demande tendant à se voir autoriser à résider séparé au domicile conjugal pendant l'instance en divorce, demande, par réformation de l'ordonnance entreprise, à se voir confier la garde provisoire des deux enfants communs mineurs C, né le (...) et D, né le (...), sinon à se voir accorder un droit de visite et d'hébergement une semaine sur deux du vendredi à la sortie de l'école au vendredi suivant à la rentrée des classes, voire une semaine sur deux du mercredi soir au lundi matin, voire chaque deuxième weekend du vendredi à la sortie de l'école au lundi matin à la rentrée des classes, ainsi que chaque mardi et chaque jeudi de 16.00 heures à 19.30 heures et pendant la moitié des vacances scolaires.

A expose qu'il a toujours été très présent dans la vie de ses enfants, que pendant la vie commune, les parents se sont partagés les tâches quotidiennes, qu'il a régulièrement accompagné ses enfants à l'école et à leurs activités de loisirs, qu'il a préparé leurs repas, leur a raconté des histoires, leur a donné leur bain, de sorte qu'il serait le parent référent au même titre que la mère. L'appelant reconnaît que les relations entre les époux sont conflictuelles, mais il reproche à B d'entraver le contact entre lui-même et ses enfants et d'aggraver les tensions en déposant des plaintes pour violences conjugales ou non-représentation d'enfant qui ne seraient pas fondées.

A demande à la Cour d'ordonner une médiation familiale en vue d'organiser un rapprochement des parties. Il s'oppose à la nomination d'un avocat pour défendre les intérêts des enfants qui ne seraient pas menacés, l'avocat des enfants ne pouvant régler les conflits entre les parents, ainsi qu'à une expertise psychologique des enfants dont l'état de santé mentale ne serait pas compromis.

B, relevant de fait appel incident, conclut à la suspension temporaire du droit de visite et d'hébergement du père. Elle explique que ce dernier ne respecte pas le droit de visite et d'hébergement tel qu'il lui a été accordé par l'ordonnance entreprise, ne se présentant pas les weekends au cours desquels un droit de visite et d'hébergement lui a été accordé, ni les jeudis en semaine, et exigeant de voir les enfants en-dehors des périodes fixées à cet effet. La partie intimée reproche encore à son époux de s'adonner à la consommation excessive de

boissons alcoolisées en présence des enfants qui auraient peur de leur père, ayant assisté à des faits de violences physiques et morales de A sur la personne de leur mère.

A titre subsidiaire, B demande à voir limiter le droit de visite et d'hébergement du père pendant les weekends du samedi, à 8.30 heures, au dimanche soir et pendant les vacances d'été à deux ou trois semaines et elle demande à voir répartir les vacances d'une semaine en alternance entre les parents. La partie intimée demande encore à voir préciser que les enfants passeront les vacances de Noël 2018 chez elle du 21 décembre 2018, à 16.00 heures, au 30 décembre 2018, à 9.00 heures du matin.

B ne s'oppose pas à une médiation familiale et elle demande à voir nommer un avocat pour défendre les intérêts des enfants ainsi qu'à voir instituer une expertise psychologique les concernant.

Elle demande encore le rejet des attestations testimoniales versées par l'époux (pièces 8 à 12 de Maître OLIVEIRA) au motif qu'elles ne remplissent pas les formalités légales, qu'elles sont rédigées en langue anglaise et que la traduction française des attestations n'est pas conforme. L'épouse conteste encore l'expertise psychologique versée en cause qui serait unilatérale.

A conteste toutes violences physiques ou morales à l'égard de son épouse et toute consommation excessive d'alcool et il explique qu'il avait renoncé à exercer son droit de visite le jeudi après-midi qu'il estimait trop limité dans le temps pour lui permettre d'entreprendre une activité avec les enfants.

Appréciation de la Cour

Le seul critère qui doit déterminer le juge appelé à statuer sur la garde des enfants est l'intérêt supérieur de ces derniers. Le juge tiendra compte non seulement des besoins moraux, intellectuels, affectifs et physiques des enfants, mais encore de leur âge, de leur santé, de leur caractère, de leur milieu familial. La notion du meilleur intérêt des enfants est une question d'équilibre entre leurs divers besoins. Une plus grande disponibilité pour s'occuper des enfants peut constituer un critère utile pour déterminer l'intérêt des enfants et partant pour déterminer le parent auquel la garde doit être attribuée. Un autre critère est le besoin de stabilité des enfants et de continuité de leur situation, ce qui implique d'éviter autant que possible de les changer de milieu.

En l'espèce, il importe de relever que tant le père que la mère sont des parents attentifs et intéressés qui ne veulent que le bien de leurs enfants et ceux-ci sont très attachés tant à leur père qu'à leur mère qui ont tous les deux les capacités éducatives requises pour assurer le bien-être et le développement harmonieux de leurs enfants.

Le juge des référés a, à bon droit, relevé qu'B, qui ne travaille pas pour le moment, ayant été licenciée dans l'entreprise exploitée par son époux, est plus disponible pour s'occuper des enfants que A auquel la gérance de son entreprise impose certaines contraintes, notamment quant à son emploi du temps.

La Cour approuve, dès lors, la décision du juge des référés d'avoir confié à B la garde provisoire des deux enfants communs, d'autant plus que le père ne conteste pas les capacités éducatives de la mère.

Concernant le droit de visite et d'hébergement à accorder à A, même si l'âge des enfants communs (huit et six ans) ne s'oppose pas en principe à une résidence alternée ou à un droit de visite et d'hébergement élargi, force est de relever que la mésentente existant actuellement entre les parties, dûment documentée par l'ensemble des éléments du dossier, fait obstacle à toute communication normale entre les parents, condition pourtant essentielle au bon déroulement d'un tel droit de visite et d'hébergement élargi nécessitant une collaboration optimale des parents pour assurer l'organisation des activités scolaires et de loisirs des enfants. Les attestations testimoniales produites de part et d'autre ainsi que les échanges de courriers et de messages entre les époux et entre leurs mandataires respectifs révèlent en effet que tant B que A s'emploient à exacerber le climat de tension régnant entre eux en s'insultant réciproquement en présence des enfants et de proches, en déposant des plaintes répétées pour violences conjugales et non-représentation d'enfant, en interprétant, chacun à sa guise et dans son intérêt propre, la décision de justice ayant fixé les modalités du droit de visite et d'hébergement du père et en s'opposant de manière systématique à tout aménagement amiable desdites modalités.

A ce titre, il n'y a pas lieu d'écarter les attestations testimoniales versées par A, la loi n'attachant aucune sanction au non-respect des règles formelles prévues à l'article 402 du nouveau code de procédure civile, de sorte qu'une attestation irrégulière peut parfaitement être prise en considération en tant qu'élément de conviction si elle présente les garanties nécessaires quant à l'honnêteté de l'auteur et l'exactitude des faits relatés, éléments qui n'ont pas été contestés en l'espèce. Concernant le reproche que les attestations testimoniales produites par l'époux sont rédigées en langue anglaise, il y a lieu de relever que l'article 3 de la loi du 24 février 1984 sur le régime des langues, aux termes duquel les langues française, allemande ou luxembourgeoise sont utilisées devant les tribunaux, ne s'applique qu'aux actes judiciaires en eux-mêmes, c'est-à-dire aux décisions de justice et aux conclusions échangées entre parties au litige, à l'exclusion des pièces et documents qui sont par définition préexistants au procès et qui sont maintenus dans la procédure dans la mesure où les intervenants au

procès en comprenant la teneur, ce qui est le cas en l'espèce, les erreurs de traduction alléguées restant à l'état d'allégation.

Force est de relever, par ailleurs, qu'aucun élément du dossier ne permet de conclure que le droit de visite et d'hébergement tel qu'exercé actuellement soit contraire à l'intérêt des enfants, les pièces du dossier attestant au contraire que ceux-ci prennent manifestement plaisir à séjourner auprès de leur père et à entreprendre des activités avec lui. Les reproches de la mère ayant trait à une consommation excessive d'alcool de A en présence des enfants ne sont étayés par aucun élément du dossier. De même, il n'est pas établi que le père aurait eu un comportement menaçant ou violent à l'égard des enfants, voire que ceux-ci auraient peur de lui. Quant au non-exercice par le père du droit de visite et d'hébergement aux dates et heures fixées, il apparaît qu'il résulte d'un manque de communication entre les parents et d'une interprétation divergente de l'ordonnance entreprise, problèmes que les mandataires respectifs des parties, en tant que professionnels, devraient être à même de résoudre en expliquant à leurs mandants la portée exacte de la décision en question.

En l'absence d'élément en défaveur de A, il n'y a, dès lors, pas lieu de suspendre le droit de visite et d'hébergement du père, ni de le limiter.

L'appelant, qui bénéficie d'un droit de visite le jeudi de 16.00 heures à 18.00 heures la semaine au cours de laquelle il n'exerce pas de droit de visite et d'hébergement le weekend, demande à se voir accorder un droit de visite chaque semaine les mardis et jeudis, de 16.00 heures à 19.30 heures.

Il y a lieu de faire droit à cette demande, mais seulement pour la semaine au cours de laquelle le père n'exerce pas de droit de visite et d'hébergement le weekend pour éviter aux enfants des aller et retour trop nombreux entre les domiciles respectifs des parents.

Il y a encore lieu, conformément à la demande d'B à laquelle A ne s'est pas opposé, de répartir les vacances scolaires d'une semaine en alternance entre le père et la mère afin de permettre aux enfants de passer une semaine entière auprès de chaque parent, étant précisé que les enfants passeront les vacances de Pentecôte 2018 auprès de leur mère. Il y a encore lieu de préciser que les enfants passeront la première moitié des vacances de Noël, de Pâques et d'été auprès de leur père les années paires et auprès de leur mère les années impaires, de sorte que pour les vacances de Noël 2018, le droit de visite et d'hébergement du père s'exercera du vendredi, 21 décembre 2018 après l'école au dimanche matin, 30 décembre 2018 à 9.00 heures.

Il n'appartient pas à la Cour d'ordonner une médiation familiale, les parties s'étant toutes les deux déclarées d'accord avec une telle mesure et pouvant y avoir recours de manière volontaire, d'autant plus que les chances de réussite d'une telle mesure sont subordonnées à la volonté commune des parties d'y participer. Il n'y a pas davantage lieu d'instituer une expertise psychologique des enfants, voire de nommer un avocat pour défendre leurs intérêts, aucun élément du dossier ne faisant état d'une souffrance des enfants ou d'une menace pesant sur leur équilibre psychologique, voire d'un indice laissant craindre qu'ils ne soient victimes d'une aliénation parentale.

A défaut d'établir dans son chef la condition d'iniquité requise par loi, A est à débouter de sa demande en octroi d'une indemnité de procédure.

PAR CES MOTIFS

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

reçoit l'appel principal et l'appel incident en la forme,

les dit partiellement fondés,

réformant,

accorde à A un droit de visite d'hébergement

- chaque deuxième weekend du vendredi à la sortie des classes au lundi matin à la rentrée des classes,
- les mardis et jeudis, de 16.00 heures à 19.30 heures la semaine au cours de laquelle il n'exerce pas de droit de visite et d'hébergement le weekend,
- les années paires pendant la première moitié des vacances scolaires de Noël, de Pâques et d'été, ainsi que les vacances de Carnaval et de Toussaint, et, les années impaires, pendant la deuxième moitié desdites vacances ainsi que les vacances de Pentecôte, tout en précisant que le droit de visite et d'hébergement du père s'exercera pendant les vacances de Noël 2018, du vendredi, 21 décembre 2018 après l'école au dimanche matin, 30 décembre 2018 à 9.00 heures,

confirme l'ordonnance entreprise pour le surplus,

déboute A de sa demande en octroi d'une indemnité de procédure,

condamne chaque partie à la moitié des frais et dépens de l'instance d'appel.