

Arrêt N°163/18 – II – REF DIV

Audience publique du vingt-quatre octobre deux mille dix-huit

Numéro 42936 du rôle

Composition:

Christiane RECKINGER, présidente de chambre,  
Carine FLAMMANG, premier conseiller,  
Marianne EICHER, conseiller, et  
Michèle KRIER, greffier.

E n t r e :

**A.**, demeurant à F-(...),

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Geoffrey GALLE de Luxembourg du 22 octobre 2015,

comparant par Maître Morgane INGRAO, avocat, en remplacement de Maître Marisa ROBERTO, avocat à la Cour, les deux demeurant à Luxembourg,

e t :

**B.**, demeurant à L-(...),

intimé aux fins du susdit exploit GALLE,

comparant par Maître Ferdinand BURG, avocat à la Cour, en remplacement de Maître Anne-Marie VOGEL, avocat à la Cour, les deux demeurant à Luxembourg,

en présence de Maître Anne ROTH, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, admise au bénéfice de l'assistance judiciaire, représentant les intérêts du mineur C., né le (...),

## LA COUR D'APPEL:

Revu l'arrêt du 6 juillet 2016 par lequel la Cour d'appel, après avoir reçu en la forme les appels principal et incident, a constaté l'accord des parties de charger le service pédopsychiatrique du CHL du suivi psychologique de l'enfant commun mineur C. et de suivre une médiation familiale, a maintenu le droit de visite et d'hébergement tel qu'accordé à B. par l'ordonnance entreprise du 28 septembre 2015 en attendant le résultat de l'enquête sociale ordonnée par jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 12 mai 2016 et a refixé le volet du litige relatif au secours alimentaire pour l'entretien et l'éducation de l'enfant commun mineur et au droit de visite et d'hébergement d'B. postérieurement à l'enquête sociale.

L'appel principal relevé par A. concerne le droit de visite et d'hébergement accordé à B. par le juge des référés qui avait confié la garde de l'enfant C. à la mère, l'appelante demandant à voir dire que pendant les vacances scolaires le droit de visite et d'hébergement s'exercera par tranches de quinze jours. Son recours concerne, d'autre part, le montant du secours alimentaire fixé par le juge des référés au profit de l'enfant commun mineur.

L'appel incident relevé par B. concerne également le droit de visite et d'hébergement, le père, après avoir demandé à se voir accorder un droit de visite et d'hébergement à exercer en alternance avec la mère, chaque deuxième semaine, ainsi que pendant la première moitié des vacances scolaires les années paires et pendant la seconde moitié des vacances scolaires les années impaires, étendant son recours en concluant à se voir attribuer l'autorité parentale exclusive sur l'enfant commun mineur et à voir fixer la résidence de l'enfant auprès de lui.

B. souligne que la loi du 27 juin 2018 instituant le juge aux affaires familiales et portant réforme du divorce et de l'autorité parentale fait abstraction de la notion de garde, seule l'autorité parentale étant visée par ladite loi dont les dispositions ayant trait à l'autorité parentale s'appliquent, conformément à l'article 16 de ladite loi, au présent litige. Il donne à considérer qu'en application de l'article 376-1 du code civil, si l'intérêt de l'enfant le commande, tel en l'espèce, le juge peut confier l'exercice exclusif de l'autorité parentale à l'un des deux parents.

A l'appui de sa demande tendant à se voir attribuer l'autorité parentale exclusive sur l'enfant C., B. expose qu'en date du 31 juillet 2018, A. est partie s'installer en France dans la Drôme avec C., sans autorisation judiciaire et sans l'accord du père, mettant ce dernier ainsi devant le fait accompli, que depuis lors, il n'a plus de contact avec C., que c'est par le biais d'un courrier du mandataire français de A. qu'il a été informé desdits faits ainsi que de la scolarisation de

C. en France dès le mois de septembre 2018 et que le Ministère Public est en charge de sa plainte pour enlèvement international d'enfant.

Les prédicts faits seraient à considérer comme élément nouveau et permettraient à B. de solliciter l'exclusivité de l'autorité parentale dans le cadre du présent litige.

B. souligne que jusqu'au 31 juillet 2018, l'exercice de son droit de visite et d'hébergement s'est passé normalement, mais que depuis le départ de la mère et de l'enfant en France, il n'a plus exercé ce droit. Par souci de stabilité, il y aurait lieu de fixer la résidence de l'enfant C. qui a toujours vécu au Luxembourg auprès de son père, celui-ci considérant être le mieux placé pour s'occuper de l'enfant C. atteint d'hyperinsulinisme requérant un traitement spécifique, alors qu'il porte lui aussi cette maladie.

Tous les reproches formulés par A. à son encontre resteraient, en l'absence d'élément probant, à l'état d'allégations, aucune plainte dirigée à son encontre par la mère n'ayant abouti.

A. conclut à l'irrecevabilité de l'appel incident en ce qu'il tend à voir attribuer l'autorité parentale exclusive à B. au motif, d'une part, qu'il s'agit d'une demande nouvelle prohibée en instance d'appel et, d'autre part, que l'effet dévolutif de l'appel s'y oppose, l'arrêt du 6 juillet 2016 n'ayant d'ailleurs pas statué sur la garde, seul le droit de visite et d'hébergement du père ayant été débattu et partiellement toisé.

Elle souligne que c'est compte tenu des problèmes rencontrés dans le cadre de l'exercice du droit de visite et d'hébergement par B. qu'elle a quitté le Luxembourg pour s'installer en France auprès de sa famille, intention dont elle aurait fait part à B. avant son départ.

Tout en relevant qu'elle ne s'oppose pas à un droit de visite et d'hébergement au profit du père qui aurait le droit de rester en contact avec l'enfant C., A. conclut à ne lui voir accorder qu'un droit de visite à exercer de manière encadrée en France dans la Drôme alors qu'elle craint que le père ne ramène pas l'enfant à la fin du droit de visite et d'hébergement.

Maître Anne ROTH, nommée suivant ordonnance du juge de la jeunesse du 7 février 2017 en vue d'assurer la défense des intérêts de l'enfant C., conclut à voir transférer à B. l'autorité parentale exclusive sur l'enfant afin que C. évolue dans son milieu naturel d'enfance et puisse fréquenter l'école de Remich. Elle conclut à voir ordonner une expertise psychiatrique des deux parents concernant leurs capacités éducatives respectives, ainsi qu'une enquête sociale.

Pour autant que seul un droit de visite et d'hébergement soit accordé au père, l'avocat de l'enfant souligne que la mère doit se déplacer avec l'enfant C. au Luxembourg et elle conclut à voir dire que les trois premières visites se déroulent au CHL auprès des docteurs De Beaufort et Vervier qui ont déjà suivi la famille par le passé.

B. estime que son appel incident ne renferme pas de demande nouvelle et que l'ordre public commande de transférer l'autorité parentale exclusive au père.

Il invoque le principe de l'estoppel en faisant valoir une contradiction des moyens invoqués par A., d'une part, dans le cadre d'une procédure de référé voie de fait intentée sur base des articles 932, alinéa 1<sup>er</sup>, 933 et 934 du nouveau code de procédure civile (afin de voir fixer les domicile et résidence de C. auprès de son père et de lui voir confier la garde provisoire) et, d'autre part, dans le cadre de la présente procédure.

En ordre subsidiaire, B. conclut à se voir accorder un droit de visite et d'hébergement très large, à raison de douze jours sur quatorze, et il demande à voir dire que ce droit s'exercera au Luxembourg, la mère devant amener l'enfant au Luxembourg, sous peine d'une astreinte de 1.000,00 euros par violation constatée.

#### *Appréciation de la Cour*

Les débats se faisant à l'audience sur base des pièces débattues de manière contradictoire, il sera fait abstraction des courriers, ainsi que des pièces déposées par les parties au litige au greffe de la Cour après la prise en délibéré de l'affaire, étant observé que dans la mesure où celle-ci est suffisamment instruite il n'y a pas lieu d'ordonner la rupture du délibéré.

De l'accord des parties le chef de l'ordonnance entreprise concernant le secours alimentaire a été réservé.

A titre préliminaire, il convient de souligner que la loi du 27 juin 2018 instituant le juge aux affaires familiales et portant réforme du divorce et de l'autorité parentale a abrogé les articles 229 à 305 du code civil et a réformé l'autorité parentale qui est désormais régie, en cas de séparation des parents, tel en l'espèce, par les articles 376 à 378-2 du code civil, étant précisé qu'en application de l'article 16 de la loi, les articles 376 à 376-1 sont, à l'heure des débats en vigueur et s'appliquent, partant, au présent litige.

#### Quant aux questions d'ordre procédural

Concernant le principe de cohérence, il y a lieu de rappeler que l'estoppel est une fin de non-recevoir fondée sur l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui. Ce principe s'oppose ainsi à ce

qu'une partie puisse invoquer une argumentation contraire à celle qu'elle a avancée auparavant (JCL Procédure civile, Moyens de défense - Règles générales, fasc.128, n° 75).

Le principe de l'estoppel concerne essentiellement les relations contractuelles et il implique que deux éléments au moins soient réunis : il faut que dans un même litige opposant deux mêmes parties, il y ait, d'une part, un comportement sans cohérence de la partie qui crée une apparence trompeuse et revient sur sa position qu'elle avait fait valoir auprès de l'autre partie, trompant ainsi les attentes légitimes de cette dernière et, d'autre part, un effet du changement de position pour l'autre partie, qui est conduite elle-même à modifier sa position initiale du fait du comportement contradictoire de son adversaire qui lui porte préjudice.

Ces deux conditions doivent être réunies pour que l'on puisse faire application de l'estoppel, car il ne peut être question d'empêcher toutes les initiatives des parties et de porter atteinte au principe de la liberté de la défense, ni d'affecter la substance même des droits réclamés par un plaideur, en demandant au juge de devenir le censeur de tous les moyens et arguments des parties.

Dans la mesure où, en l'espèce, l'incohérence invoquée par B. au titre des moyens de défense de A. concerne deux litiges différents, le moyen ayant trait à la violation du principe de cohérence encourt un rejet.

En demandant à se voir attribuer l'autorité parentale exclusive sur l'enfant C., B. étend son appel incident par rapport à ce qu'il avait demandé lors des débats ayant abouti à l'arrêt du 6 juillet 2016, étant observé que dans la mesure où l'appel incident n'est enfermé dans aucun délai lorsqu'il est dirigé par l'intimé contre l'appelant au principal, l'extension de l'appel incident est, à ce titre, recevable.

La Cour rappelle que les voies de recours en général et l'appel en particulier sont considérées comme une modalité particulière de l'action en justice. Cette action est donc soumise aux conditions générales d'exercice et de recevabilité applicables à toutes les actions. L'appel constitue un point d'application particulier de cette définition qui place l'intérêt à agir comme condition première de recevabilité (Jurisclasseur Proc. Civ., verbo appel, parties à l'instance, fasc. 713, édit. juillet 2011, n° 7).

La règle « pas d'intérêt, pas d'action » vaut pour l'appel; il faut dès lors que le jugement de première instance cause un grief à l'appelant. Ainsi l'intérêt à interjeter appel sera réalisé dès qu'une partie aura été condamnée, ou de façon générale, aura succombé dans tout ou partie de ses prétentions formulées en première instance. Une partie succombe dès lors qu'elle a été condamnée par le jugement frappé d'appel ou qu'elle a été déboutée explicitement

ou implicitement d'un de ses chefs de demande. A noter qu'il suffit que l'appelant ait succombé partiellement et n'ait pas obtenu le bénéfice intégral de ses conclusions (Encyclop. DALLOZ Civil, verbo appel, édit. janvier 2008, n° 303, 304, 306, 307 et 308).

Pour apprécier si une partie a succombé dans ses prétentions ou dans celles de l'adversaire, il faut comparer ce qui a été jugé par les premiers juges et ce qui avait réellement été demandé. Ce qui a été jugé par les premiers juges résulte du dispositif du jugement frappé d'appel, à l'exclusion des motifs. Pour déterminer ce qui a été demandé, c'est au dispositif des conclusions qu'il faut se référer (cf Jurisclasseur, op cit, n° 28).

Il se dégage en l'espèce à suffisance de droit de l'ordonnance entreprise qu'en première instance B. ne s'était pas opposé à voir confier la garde de l'enfant commun mineur C. à la mère et n'avait sollicité qu'un droit de visite et d'hébergement, prétention à laquelle le juge des référés a fait partiellement droit.

Si B. a dès lors un intérêt à conclure, par réformation, à se voir accorder un droit de visite et d'hébergement plus large que celui accordé par le juge des référés, il ne saurait, compte tenu de ce qui précède, critiquer l'ordonnance entreprise quant au chef ayant statué sur la garde, ni demander, dans le cadre de la présente procédure, à se voir confier l'autorité parentale exclusive sur l'enfant C..

Il s'ensuit que l'appel incident encourt l'irrecevabilité pour autant qu'il a trait à l'autorité parentale, étant observé que même si par l'effet dévolutif de l'appel la connaissance entière et exclusive du litige dont appel, y compris les faits nouveaux s'y rattachant et surgis avant la fin de l'instance d'appel, appartient à la juridiction d'appel, il n'en reste pas moins que seuls les faits nouveaux se rattachant à la voie de recours peuvent être débattus en instance d'appel. Or dans la mesure où le chef de l'ordonnance relatif à la garde (actuellement l'autorité parentale) ne peut être entrepris par B., faute de l'existence d'un grief, le débat relatif à l'élément nouveau au niveau de la garde, respectivement de l'autorité parentale tombe à faux.

La question de l'ordre public étant une notion concernant le fond du litige et non les règles de procédure, la Cour ne saurait suivre l'argumentation soutenue à ce titre par B..

La Cour tient finalement à rappeler que lorsque le juge des référés a statué, l'article 938 du nouveau code de procédure permet aux parties, en cas de circonstances nouvelles de demander à voir modifier ou rapporter l'ordonnance de référé.

Quant au droit de visite et d'hébergement d'B.

Compte tenu de ce qui précède, seule la question du droit de visite et d'hébergement sollicité par B. reste à toiser.

Aux termes de l'article 376-1 du code civil, l'exercice du droit de visite et d'hébergement ne peut être refusé que pour des motifs graves.

L'un des principes essentiels du droit des enfants mineurs réside dans le maintien des liens de l'enfant avec chacun de ses parents en cas de séparation, droit qui est consacré notamment par l'article 9, alinéa 3 de la convention internationale des droits de l'enfant et l'article 4 de la convention européenne des relations personnelles de l'enfant du 15 mai 2003. En effet, les rencontres entre le parent chez lequel l'enfant ne séjourne pas de manière régulière et celui-ci ne résultent pas d'une faveur, mais d'un droit inscrit dans la loi et reconnu depuis longtemps par la jurisprudence, sauf motifs graves tirés de l'intérêt de l'enfant. Sur le plan pratique, le droit de visite et d'hébergement signifie, d'abord, pour le parent bénéficiaire, la présence de l'enfant et le droit de vivre avec lui. Lorsque les domiciles des deux parents sont éloignés, le droit de visite doit être aménagé de manière à ne pas perturber la santé, notamment morale de l'enfant, risquant de perdre ses repères.

Suivant le rapport dressé le 18 octobre 2016 par le Service Central d'Assistance Sociale, il n'y a pas d'élément concret permettant d'affirmer qu'B. ne réponde pas adéquatement aux besoins de l'enfant C., le père disposant de surcroît d'un logement permettant d'accueillir l'enfant dans de bonnes conditions. Selon l'assistante sociale, il n'y a pas lieu de modifier les modalités relatives à l'exercice du droit de visite et d'hébergement du père.

Suivant le rapport d'expertise pedo-psychiatrique dressé par le docteur Jean-François Vervier, l'enfant C., du fait de la situation très conflictuelle entre ses parents, présente une fragilité émotionnelle accrue et nécessite un soutien psychothérapeutique individuel de longue durée.

Force est de constater qu'il n'existe en l'espèce aucun motif grave permettant de tenir en échec le droit de visite et d'hébergement sollicité par le père à l'égard de l'enfant C., l'affirmation de A. consistant à dire que des problèmes se sont posés au niveau de l'exercice du droit de visite et d'hébergement avant son départ avec l'enfant pour la France, restant à l'état d'allégation dépourvue d'effet.

C'est, partant, à bon droit qu'B. demande à se voir accorder un droit de visite et d'hébergement, étant observé qu'aucun élément de la cause ne justifie de limiter ce droit à la seule visite, ni d'instaurer un droit de visite encadré, ceci n'étant pas dans l'intérêt de l'enfant manifestement déjà marqué par la séparation difficile et douloureuse de ses parents. L'intérêt de l'enfant C. commande bien au contraire

de dire que le droit de visite et d'hébergement s'exercera sans encadrement auprès du père en son lieu de résidence au Luxembourg.

Concernant la fréquence de l'exercice du droit de visite et d'hébergement à accorder au père, la Cour note que dans la mesure où l'enfant C. réside actuellement en France auprès de sa mère, l'intérêt de l'enfant commande de ne pas accorder au père un droit de visite et d'hébergement élargi, étant donné que ceci reviendrait à déstabiliser l'enfant.

Il convient dès lors de confirmer l'ordonnance entreprise et d'accorder au père un droit de visite et d'hébergement usuel, à raison d'un weekend tous les quinze jours, ainsi que pendant la moitié des vacances scolaires, selon le rythme fixé par le juge des référés dans le dispositif de l'ordonnance entreprise du 28 septembre 2015.

Ce droit de visite et d'hébergement s'exercera au Luxembourg au lieu de résidence d'B., à charge pour A. d'amener l'enfant auprès du père en vue de l'exercice de ce droit. Compte tenu des éléments quelques peu spécifiques du dossier, il y a lieu d'assortir l'obligation de A. d'amener l'enfant au lieu de résidence du père d'une astreinte de 1.000,00 euros par violation constatée.

Tant l'appel principal que l'appel incident ne sont pas fondés.

### **PAR CES MOTIFS**

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

statuant en continuation de l'arrêt du 6 juillet 2016,

dit l'appel incident irrecevable pour autant qu'il concerne le chef de l'ordonnance entreprise relatif à la garde,

dit l'appel principal et l'appel incident non fondés,

**confirme** l'ordonnance entreprise,

précise que le droit de visite et d'hébergement d'B. s'exercera le premier weekend suivant la signification du présent arrêt,

dit que pour l'exercice du droit de visite et d'hébergement A. doit amener l'enfant C. au Luxembourg au lieu de résidence d'B., sous peine d'une astreinte de 1.000,00 euros, par violation constatée, à partir de la signification du présent arrêt,

refixe le volet du litige relatif au secours alimentaire au profit de l'enfant commun mineur à l'audience publique du 7 novembre 2018, à 15:00 heures, salle CR2.29 de la Cour d'appel (Cité judiciaire),

condamne B. et A. chacun pour moitié aux frais et dépens de l'instance d'appel.