

Arrêt N°152/19 – II – REF DIV

Audience publique du vingt-trois octobre deux mille dix-neuf

Numéro CAL-2019-00327 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 (...),

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Pierre BIEL
de Luxembourg du 18 mars 2019,

comparant par Maître Catherine ZELTNER, avocat à la Cour,
demeurant à Luxembourg,

e t :

B.), demeurant à (...),

intimé aux fins du susdit exploit BIEL,

comparant par Maître Marisa ROBERTO, avocat à la Cour, demeurant
à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

De l'union entre A.) et B.), qui se sont mariés le 18 juillet 1998, sont issus les enfants Enf1), né le (...), Enf2), né le (...) et Enf3), née le (...) ainsi que enf4., frère jumeau de enf2., atteint de trisomie 21 et d'un grave souci cardiaque, décédé à l'âge d'un mois, suite à la décision d'arrêter la médication pour prolonger la vie du nourrisson.

Vu les procédures judiciaires opposant les parties qui ont abouti à des décisions judiciaires rendues en matière de protection de la jeunesse, de divorce au fond et de référé-divorce.

Saisi de l'assignation introduite par A.) contre B.) pour :
principalement, le voir condamner à lui payer, au titre des trois enfants communs mineurs, une pension alimentaire de 300,00 euros par mois et par enfant, soit 900,00 euros au total, à partir du 16 juillet 2016, à lui rembourser la moitié des frais médicaux non-remboursés par la Caisse Nationale de Santé et à participer à hauteur de 2/3 aux frais de scolarité de Enf3) (Lycée Vauban), se voir attribuer les allocations familiales pour Enf3) et voir condamner B.) à lui rembourser les allocations familiales indûment perçues pour Enf3) entre avril 2016 et mai 2017, soit 6.463,00 euros, et, pour Enf1) et Enf2) depuis le mois d'octobre 2017,

subsidiatement, le voir condamner, concernant l'enfant Enf3), à lui payer une pension alimentaire de 300,00 euros par mois, à partir du 16 juillet 2016, sinon à partir du 30 mai 2017, à participer à hauteur de 2/3 aux frais de scolarité (Lycée Vauban) et se voir attribuer les allocations familiales, à le voir condamner, concernant les deux fils communs, à lui payer une pension alimentaire de 150,00 euros par mois et par enfant, soit un total de 300,00 euros, à partir du 16 juillet 2016, sinon du 13 juillet 2017, à lui rembourser la moitié des allocations familiales indûment perçues depuis le mois d'octobre 2017, ainsi que la moitié des frais médicaux non-remboursés par la Caisse Nationale de Santé, *plus subsidiatement*, le voir condamner, concernant l'enfant Enf3), à lui payer une pension alimentaire de 300,00 euros par mois à partir du 16 juillet 2016, sinon à partir du 30 mai 2017, à participer à hauteur de 2/3 des frais de scolarité (Lycée Vauban) et à se voir attribuer les allocations familiales, à voir condamner B.) à lui rembourser la moitié des allocations familiales indûment perçues depuis le mois d'octobre 2017 pour Enf1) et Enf2), ainsi la moitié des frais médicaux non-remboursés par la Caisse Nationale de Santé pour les trois enfants,

le juge des référés-divorce près le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, par **ordonnance du 8 février 2019**, s'est déclaré incompétent *ratione materiae* pour connaître de la demande en relation avec les allocations familiales et compétent pour le surplus, a condamné B.) à payer à A.) une pension alimentaire de 200,00 euros par mois pour Enf3) à partir du 30 mai 2017 et à participer à hauteur

de la moitié aux frais médicaux exposés pour Enf3) non-remboursés par la Caisse Nationale de Santé, ainsi qu'à hauteur de 2/3 aux frais de scolarité de la fille commune (Lycée Vauban), a débouté A.) de sa demande en allocation d'un secours alimentaire pour les enfants communs mineurs Enf1) et Enf2), ainsi que de sa demande tendant à voir condamner B.) à participer à hauteur de la moitié aux frais médicaux exposés pour les deux fils communs non-remboursés par la Caisse Nationale de Santé.

Contre cette ordonnance lui signifiée le 5 mars 2019, appel a été régulièrement relevé par A.) suivant exploit d'huissier du 18 mars 2019, l'appelante demandant, par réformation, à voir faire droit aux prétentions formulées en première instance.

A l'appui de son recours, A.) expose qu'à partir du 16 juillet 2016, elle a assumé seule la garde effective des trois enfants mineurs communs, le paiement d'une pension alimentaire à leur profit se justifiant, dès lors, à partir de la prédite date, sinon au plus tard à partir du 30 mai 2017, date d'un jugement du tribunal de la jeunesse ayant accordé mainlevée des mesures de garde provisoires prises à l'égard des trois enfants communs, la preuve de la résidence effective résultant de ses pièces. Ce serait à tort que le juge des référés a dit que le père « avait la garde juridique » des enfants Enf1) et Enf2).

Concernant sa situation financière, A.) explique qu'elle ne dispose pas de revenus et par rapport à la situation financière de B.), elle affirme que l'intimé dispose d'un revenu mensuel plus élevé que celui qu'il allègue, l'appelante demandant à voir enjoindre à l'intimé de verser les pièces justificatives de ses revenus. S'y ajouterait que l'intimé touche les allocations familiales pour les deux fils communs, alors qu'au vu de la situation factuelle effective, il n'assumerait pas la garde des enfants et n'aurait pas, de ce fait, de frais à sa charge. Il y aurait lieu de tenir compte du fait que la mère contribue, de manière exclusive, aux besoins des trois enfants communs.

B.) conclut à voir confirmer l'ordonnance entreprise, en donnant à considérer qu'à supposer qu'A.) ait eu la garde effective des enfants, c'est au mépris de décisions de justice ayant force exécutoire et nonobstant les nombreuses plaintes pénales du père. Ce serait à bon droit que le juge des référés a fait la distinction entre « garde de fait légale et illégale ». Concernant l'enfant Enf3) ce serait à juste titre que le juge, en fonction des besoins de l'enfant et des facultés contributives des parents, a fixé la pension alimentaire mensuelle à 200,00 euros et dit que le père doit participer à hauteur de 2/3 aux frais de scolarité, la prise d'effet de la pension alimentaire ayant à juste titre été fixée au 30 mai 2017.

Pour autant que la Cour suive le raisonnement de l'appelante concernant les enfants Enf1) et Enf2) et fasse droit, en principe, à la

pension alimentaire sollicitée à leur profit, il y aurait lieu de refixer ce volet de l'affaire à une audience ultérieure.

Appréciation de la Cour

A titre préliminaire, il est à noter que même si le présent litige est régi par les anciens articles du code civil relatifs au divorce, la notion de garde, depuis la loi du 27 juin 2018 instituant le juge aux affaires familiales et portant réforme du divorce et de l'autorité parentale, a cédé le pas à celle de résidence, de sorte qu'il convient désormais de raisonner en employant le terme de résidence, plutôt que de garde des enfants.

Pour ce qui est des procédures judiciaires antérieures opposant les parties, il est renvoyé aux pages 2 à 5 de l'ordonnance entreprise, étant observé qu'au vu des instances pendantes devant la Cour de cassation, de par le pourvoi dirigé par A.) contre l'arrêt du 11 juillet 2018 qui a statué sur la résidence des enfants, ainsi que devant la Cour d'appel, de par le recours qu'elle a dirigé contre le jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 6 juin 2019 qui a notamment toisé la question des torts des époux, le juge des référés, en application de l'article 267bis, point 4 du code civil, est toujours compétent pour connaître des mesures définies par ce texte, cette compétence s'étendant jusqu'à ce que lesdites instances soient vidées par des décisions ayant force de chose jugée.

Concernant les prétentions d'A.), la Cour fait sienne la motivation du juge des référés qui a retenu à bon droit que la preuve que les enfants se sont trouvés à la charge exclusive de l'appelante à partir du *16 juillet 2016*, laisse d'être rapportée. Si en instance d'appel l'appelante, outre les pièces versées en première instance, verse une attestation testimoniale écrite par François Lange en date du 17 septembre 2019, force est de constater que le contenu de cette pièce est bien trop vague et imprécis pour permettre à la Cour d'admettre que les enfants se soient trouvés à la charge exclusive de la mère à partir du *16 juillet 2016*. Pour ce qui est de la pièce intitulée « statement » prétendument rédigée par l'enfant Enf1), versée en copie, aucun élément pertinent de la cause n'établit que cet écrit émane de Enf1), étant observé que même à supposer que tel soit le cas, la Cour ignore dans quelles circonstances l'écrit a été rédigé, de sorte qu'il n'est pas de nature à influencer la décision de la juridiction de céans.

C'est encore par une juste appréciation des éléments de la cause que par rapport au *30 mai 2017*, le juge des référés a dit qu'au vu des décisions judiciaires rendues en matière de protection de la jeunesse et dans le cadre du divorce entre parties, en exécution desquelles le père, à partir du *30 mai 2017*, s'est vu attribuer la résidence des *deux fils communs du couple*, la mère, à supposer qu'elle ait assumé leur garde, s'est mise dans cette situation au mépris de décisions de justice

en sens contraire, de sorte qu'elle ne saurait en tirer argument. La Cour souscrit encore à la motivation du juge des référés en ce qu'il a dit que si, au vu de l'arrêt de la Cour d'appel du 12 décembre 2017, A.) s'est vue attribuer un droit de visite et d'hébergement sur les deux fils communs à raison d'une semaine sur deux, il n'en restait pas moins qu'elle ne peut prétendre à une pension alimentaire à leur profit. Les enfants Enf1) et Enf2), aux termes du prédit arrêt, résidant, en effet, alternativement auprès des deux parents, chacun en assume à tour de rôle la prise en charge, la Cour notant qu'à supposer que lesdits enfants résident exclusivement auprès de la mère, c'est au mépris de l'arrêt de la Cour d'appel, de sorte que l'appelante ne saurait en tirer argument.

Le juge des référés a finalement, à juste titre et pour des motifs auxquels la Cour se rallie, débouté A.) de sa demande en remboursement de frais médicaux pour les deux fils communs.

Pour ce qui est de la *filie commune du couple*, c'est par un raisonnement auquel la Cour souscrit que le juge des référés a dit que l'enfant résidant auprès de la mère et le père s'étant vu accorder un droit de visite et d'hébergement chaque deuxième weekend ainsi que pendant la moitié des vacances scolaires, A.) peut prétendre à l'octroi d'une pension alimentaire au profit de Enf3).

Pour fixer le montant de la pension alimentaire au profit de Enf3) à 200,00 euros par mois, le juge des référés, concernant les besoins spécifiques de Enf3), a tenu compte des frais de cantine (115,00 euros) et frais d'escalade (80,00 euros). Dans le cadre de l'appréciation des situations financières des deux parents, le juge des référés, par rapport à A.), a, à juste titre et par des motifs auxquels la Cour se rallie, tenu compte d'un revenu théorique de 1.800,00 euros, aucun élément de la cause n'établissant que la mère n'est pas à même de s'adonner à une activité rémunérée. Pour ce qui est du père, le juge, sur base des fiches de salaire versées, a tenu compte d'un salaire mensuel moyen de l'ordre de 4.879,31 euros, d'un loyer mensuel de 1.950,00 euros et de frais de femme de charge mensuels de 340,00 euros.

D'après les fiches de salaire versées par B.) en instance d'appel, le père dispose d'un salaire mensuel net total de l'ordre de 4.949,00 euros. La fiche d'imposition de B.) pour l'année 2017 renseigne que le père a un revenu annuel provenant d'une activité salariée d'un montant total net de 72.751,00 euros, de sorte que sous déduction des cotisations sociales, il dispose d'un revenu annuel de (72.751,00 - 9.486,00=) 62.751,00 euros, soit un revenu mensuel net de (62.751,00 : 12 =) 5.229,00 euros, ce qui constitue une différence mensuelle nette de 350,00 euros en faveur de B.) par rapport à la situation financière sur laquelle le juge des référés s'est basé.

B.) ayant versé les pièces permettant d'apprécier ses revenus, la demande de A.) en communication de ces pièces devient sans objet.

Compte tenu des besoins de l'enfant Enf3) et des facultés contributives des deux parents, il y a lieu, par réformation, de fixer le montant de la pension alimentaire au profit de cette enfant à 300,00 euros par mois, la Cour notant que c'est à juste titre que le point de départ a été fixé au 30 mai 2017.

Par rapport aux allocations familiales au profit des enfants communs mineurs, la Cour approuve le juge des référés, après avoir renvoyé aux articles 267bis et suivants du code de la sécurité sociale, de s'être déclaré incompétent pour statuer tant sur la demande en attribution qu'en remboursement d'allocations familiales.

Compte tenu de ce qui précède, l'appel est partiellement fondé.

La condition d'iniquité requise pour l'application de l'article 240 du nouveau code de procédure civile n'étant pas donnée dans le chef d'A.), elle est à débouter de sa demande en obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel.

En tant que dérogation à l'effet suspensif des voies de recours, il ne peut y avoir exécution provisoire que lorsque la décision à exécuter est susceptible d'un recours et que ce recours est suspensif. Compte tenu du fait que le recours en cassation en la présente matière n'a pas d'effet suspensif, la demande tendant à voir déclarer l'arrêt exécutoire par provision est à rejeter.

P A R C E S M O T I F S

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

reçoit l'appel en la forme,

le dit partiellement fondé,

réformant,

fixe le montant de la pension alimentaire à payer par B.) au titre de contribution à l'éducation et l'entretien de l'enfant Enf3) au montant mensuel de 300,00 euros,

confirme l'ordonnance entreprise pour le surplus,

déboute A.) de sa demande en obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel,

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