

Arrêt N°1/19 – II – REF DIV

Audience publique du neuf janvier deux mille dix-neuf

Numéro CAL-2017-00053 du rôle

Composition:

Christiane RECKINGER, présidente de chambre,
Carine FLAMMANG, premier conseiller,
E.nne EICHER, conseiller, et
Christian MEYER, greffier.

E n t r e :

A., demeurant à L-(...),

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Patrick MULLER de Luxembourg du 1^{er} décembre 2017,

comparant par Maître Monique WIRION, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

B., demeurant à L-(...),

intimée aux fins du susdit exploit MULLER,

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

en présence de Maître Anne ROTH, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, représentant les intérêts des mineurs C., née le (...), D., né le (...), E., née le (...), F., né le (...) et G., née le (...).

LA COUR D'APPEL:

Par ordonnance du 14 novembre 2017, le juge des référés près le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, saisi des mesures provisoires dans le cadre de la procédure de divorce entre B. et A., a autorisé B. à résider durant l'instance séparée de son époux au domicile conjugal dont A. a été condamné à déguerpir, confié à B. la garde provisoire des cinq enfants communs mineurs C., née le (...), D., né le (...), E., née le (...), F., né le (...) et G., née le (...), et ordonné, concernant le droit de visite et d'hébergement du père, une expertise toxicologique afin de vérifier le type, la chronicité et le niveau de consommation de cannabis de celui-ci.

En attendant le dépôt du rapport d'expertise, le père s'est vu accorder un droit de visite journalier à exercer au moment du transport des enfants à l'école le matin, ainsi qu'un droit de visite chaque deuxième weekend, le samedi de 10.00 heures à 18.00 heures, et le dimanche, de 10.00 heures à 18.00 heures.

Maître Anne ROTH a été désignée pour assister les enfants dans le cadre de la procédure de divorce et le volet alimentaire a été refixé à une audience ultérieure.

De cette ordonnance qui lui a été signifiée le 21 novembre 2017, A. a régulièrement relevé appel par exploit d'huissier du 1^{er} décembre 2017, demandant, par réformation de la décision entreprise, à se voir accorder la garde provisoire des enfants communs mineurs, sinon un droit de visite et d'hébergement une semaine sur deux, du vendredi soir au vendredi soir suivant, sinon encore chaque deuxième semaine du jeudi à la sortie de l'école au lundi à la rentrée de l'école, ainsi que pendant la moitié des vacances scolaires.

A l'appui de son appel, A. fait valoir qu'il est le parent référent des enfants, s'étant beaucoup impliqué dans leur éducation, les ayant conduit à l'école tous les matins, les ayant accompagnés aux visites médicales et aux activités de loisirs. B. aurait des horaires de travail inadaptés au rythme familial, elle aurait suivi ses propres occupations, dormant plus longtemps le matin, rentrant tard le soir et elle aurait de surcroît entretenu une relation extraconjugale dont est née l'enfant G.. Le père explique encore qu'actuellement il voyage moins pour son travail et qu'il a engagé l'ancienne nourrice des enfants pour l'aider à s'en occuper s'ils venaient habiter auprès de lui.

L'appelant verse des attestations testimoniales de membres de sa famille ainsi que d'employés de maison certifiant qu'il a les capacités pour assumer la garde des enfants. Il conteste les attestations versées par son épouse qui aurait fait pression sur les témoins pour qu'ils se prononcent en sa faveur.

A. explique par ailleurs qu'il consomme du cannabis sous forme de gouttes sur prescription médicale afin de soulager ses douleurs consécutives à une maladie rhumatismale. Il conteste fumer du cannabis, l'affirmation contenue au rapport d'expertise du docteur Marc Gleis, selon laquelle il aurait encore fumé il y a quatre mois, relevant d'une erreur.

B. conclut à la confirmation de l'ordonnance déferée et à voir fixer la résidence principale des enfants auprès de leur mère. Elle s'oppose à la résidence alternée qui ne serait pas dans l'intérêt des enfants en raison de leur jeune âge, F. et G. n'étant âgés que de 6 et 3 ans et la fratrie ne devant pas être séparée. De plus, la mésentente profonde entre les époux s'opposerait à toute résidence alternée. Les enfants se seraient bien habitués à leur rythme de vie actuel. B. conclut à voir renvoyer le dossier en première instance pour y voir statuer sur le droit de visite et d'hébergement à accorder au père après le dépôt du rapport d'expertise toxicologique.

A titre subsidiaire, il y aurait lieu d'accorder au père un droit de visite et d'hébergement chaque deuxième weekend du vendredi au dimanche ainsi que pendant la moitié des vacances scolaires, sauf à dire que le père ne pourra voir G. qu'en journée et en présence de ses frères et sœurs. La mère explique qu'G. étant le fruit de sa relation extraconjugale, elle est rejetée tant par le père que par la famille de ce dernier, de sorte que cette enfant devrait être protégée.

B. est d'avis qu'elle est le parent référent des enfants dont elle se serait toujours beaucoup occupée, ayant pris un congé parental de six mois à la suite de chaque naissance, congé parental que le père n'aurait jamais voulu prendre. Elle aurait assuré une assistance aux devoirs scolaires des enfants, les relations avec les enseignants, les activités parascolaires et aurait pourvu aux besoins des enfants en nourriture et en vêtements. Les attestations testimoniales versées par le père seraient à considérer avec circonspection, certains témoins ayant menti, une plainte pour faux témoignage ayant même été déposée contre les témoins H. et I.

La partie intimée estime encore qu'elle est plus disponible que son époux qui voyagerait beaucoup pour son travail, se rendant au moins deux fois par mois à Lisbonne où la SOC1 aurait un bureau et passant de nombreux weekends auprès de sa famille au Portugal.

B. reproche à son époux de continuer à fumer du cannabis, la drogue le rendant somnolant et un tel état étant incompatible avec la surveillance soutenue de cinq enfants.

L'épouse reproche enfin à son mari d'avoir dévoilé aux enfants qu'G. n'était pas sa fille et d'en avoir parlé autour de lui, ce qui aurait perturbé les enfants.

Maître Roth en sa qualité de mandataire des enfants a exposé que les enfants souffrent beaucoup du climat conflictuel régnant au sein de la famille et aspirent à plus de calme et de sérénité. L'aînée C., âgée de quatorze ans, aurait exprimé le souhait de rester vivre auprès de sa maman et de pouvoir choisir quand et combien de temps elle se rendrait chez son papa, expliquant qu'elle a beaucoup de devoirs scolaires et qu'elle est fatiguée. Les autres enfants auraient tous également exprimé leur réticence à un système de garde alternée, tout en n'étant pas opposés à voir leur père qu'ils trouvent souvent triste, mais ils auraient insisté pour pouvoir n'y aller que le samedi matin et rentrer chez eux le dimanche soir, les enfants étant tous très attachés à la maison familiale. Enfin, Maître Roth signale qu'il a été porté à sa connaissance qu'G. a un comportement inhabituel à la crèche, ce qui témoignerait du fait qu'elle ressent elle-aussi les tensions au sein de la famille, de même que le problème ayant trait à sa filiation.

Appréciation de la Cour

La Cour note d'emblée qu'en application des articles 15 et 16 de la loi du 27 juin 2018 instituant le juge aux affaires familiales et portant réforme du divorce et de l'autorité parentale, articles ayant trait aux mesures transitoires qui disposent que les actions introduites avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sont poursuivies et jugées conformément à la loi ancienne et déclarent, par exception, applicables aux prédites actions les dispositions de l'article 16, paragraphe 1^{er}, instituant l'autorité parentale conjointe des parents, la susdite loi fait abstraction de la notion de garde et emploie désormais les notions d'autorité parentale, ainsi que de fixation de la résidence des enfants auprès de l'un des parents séparés, l'autre parent se voyant accorder un droit de visite et d'hébergement.

Il se dégage de l'ensemble des éléments du dossier que tant B. que A. sont tous les deux soucieux du bien-être de leurs enfants pour lesquels ils éprouvent beaucoup d'amour et d'affection, y compris en ce qui concerne la petite G. que A. déclare considérer comme sa propre fille, l'ayant élevée ensemble avec les autres enfants depuis sa naissance et dont il n'est pas établi qu'elle ait été négligée ou écartée par le père.

Il y a lieu de relever que depuis la séparation du couple il y a près d'une année, les enfants vivent avec leur mère au domicile familial et voient leur père le matin quand il les conduit à l'école (ce qui est le cas pour les deux garçons et pour G., les deux filles préférant se rendre à l'école en bus), ainsi que chaque deuxième weekend en

journée seulement, les enfants n'ayant pas encore dormi au nouveau domicile de leur père. Les enfants ont également vu leur père à l'occasion de vacances passées en Espagne l'été dernier.

Il apparaît, dès lors, que depuis la séparation la mère assume un rôle prépondérant dans l'encadrement et la prise en charge des enfants qui passent la plupart de leur temps auprès d'elle.

La Cour constate que l'appelant, s'il revendique la fixation de la résidence des cinq enfants auprès de lui, n'a pas formulé de reproches concrets à l'égard de son épouse de nature à mettre en doute les capacités éducatives de celle-ci, les critiques ayant trait au sens moral de B. en raison de sa relation extraconjugale et aux rapports de l'épouse avec les domestiques étant sans pertinence quant à l'aptitude de cette dernière à assurer l'entretien et l'éducation des enfants. Les attestations testimoniales versées de part et d'autre certifient que les deux parents savent s'occuper de leurs enfants et ont assumé à tour de rôle selon leurs disponibilités respectives la satisfaction de leurs besoins. Dans ce contexte, il y a lieu de préciser qu'il n'est pas tenu compte des attestations testimoniales de H. et I., une plainte pour faux témoignage ayant été déposée contre ces témoins.

Le père, dont il n'est pas contesté qu'il a fait par le passé de nombreux déplacements professionnels et familiaux à l'étranger, n'a pas fourni d'explications concrètes concernant un aménagement de ses horaires de travail, voire une réduction de ses voyages dans l'hypothèse où les enfants viendraient s'établir chez lui, de sorte qu'il n'est pas établi que A. bénéficie de la même disponibilité que l'épouse pour s'occuper des enfants, celle-ci ayant prouvé qu'elle est apte à assurer seule cette charge à la satisfaction de toute la famille.

La Cour remarque, par ailleurs, que le rapport d'expertise neuropsychiatrique du docteur Gleis a révélé que A. prend régulièrement des gouttes de cannabis pour soulager ses douleurs, mais fume également du cannabis de manière occasionnelle. Or, il n'est pas établi que ses capacités à prendre soin des enfants en aient été affectées, alors même qu'il a passé une partie des dernières vacances d'été avec les enfants.

L'avocat des enfants a exposé que ceux-ci souffrent énormément de la séparation de leurs parents, les enfants aînés ayant notamment exprimé leur lassitude face aux disputes de leurs parents et aspirant à plus de calme et de sérénité au sein de la famille.

La Cour en arrive, dès lors, à la conclusion qu'il importe avant tout d'assurer aux enfants une certaine stabilité dans leur rythme de vie afin de leur permettre de traverser sans trop souffrir la période difficile du divorce de leurs parents, de sorte qu'il n'y a pas lieu de

modifier la situation de fait existant actuellement et à laquelle les enfants se sont accommodés et qu'il y a lieu de confirmer la décision entreprise et de fixer la résidence des enfants communs auprès de leur mère.

Il n'y a pas lieu de renvoyer le dossier devant le premier juge aux fins de voir statuer sur ledit droit de visite et d'hébergement du père après le dépôt du rapport d'expertise Gleis, dès lors que la Cour est saisie de l'entière du litige, y compris la fixation du droit de visite et d'hébergement du père, par l'effet dévolutif de l'appel, les parties n'ayant pas limité la contestation au bien ou mal fondé de la disposition de l'ordonnance entreprise ayant nommé un expert, mais l'appelant ayant interjeté un appel général et les parties ayant repris leurs conclusions concernant le droit de visite et d'hébergement dans les mêmes termes que devant les premiers juges, prenant en outre position quant au rapport Gleis.

A. demande à titre subsidiaire à se voir accorder un droit de visite et d'hébergement une semaine sur deux, sinon un droit de visite et d'hébergement élargi du jeudi au lundi.

Force est de constater à la lumière de l'ensemble des pièces versées et des explications fournies que les relations entre les parents sont très conflictuelles, rendant difficile, pour le moment du moins, toute communication normale entre eux. Or une telle collaboration est indispensable à une mise en place d'une résidence alternée bénéfique pour les enfants. En outre, l'âge de F. et G. s'oppose à une telle mesure engendrant des changements de lieu de vie fréquents, les très jeunes enfants ayant besoin de repères stables et réguliers, étant observé qu'il importe de ne pas séparer la fratrie dont G. fait naturellement partie et que la présence de ses frères et sœurs rassurera lors des séjours auprès du père. Il est par ailleurs essentiel de prendre en considération le refus du système de la résidence alternée, voire d'un droit de visite et d'hébergement élargi exprimé par les aînés qui, adolescents, ont acquis un degré d'autonomie pour souhaiter maîtriser leur emploi du temps, l'alternance ne pouvant être imposée contre leur gré au risque de rompre l'équilibre de vie qu'ils ont construit dans le contexte de la séparation de leurs parents.

Dans ces conditions, il n'y a pas lieu de faire droit à la demande subsidiaire de l'appelant à se voir accorder un droit de visite et d'hébergement une semaine sur deux, sinon du jeudi au lundi.

Eu égard au souhait légitime de A. de voir plus souvent ses enfants et un contact rapproché étant également dans l'intérêt de ceux-ci, il y a lieu d'accorder à l'appelant un droit de visite et d'hébergement chaque deuxième weekend du vendredi, à 18.00 heures au dimanche, à 18.00 heures, ainsi que pendant la moitié des vacances scolaires.

PAR CES MOTIFS

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

reçoit l'appel en la forme,

le dit non fondé,

accorde à A. un droit de visite et d'hébergement chaque deuxième weekend du vendredi, à 18.00 heures au dimanche, à 18.00 heures, ainsi que pendant la moitié des vacances scolaires,

confirme l'ordonnance entreprise pour le surplus, sauf à dire que la résidence des cinq enfants communs mineurs est fixée auprès de leur mère B.,

condamne l'appelant à tous les frais et dépens de l'instance d'appel.