

Texte pseudonymisé

Avertissement: Ce document pseudonymisé a une valeur purement informative. Le document original seul fait foi.

Arrêt N° 021/24 – VII – CIV

Audience publique du quatorze février deux mille vingt-quatre

Numéro CAL-2023-00419 du rôle.

Composition:

Jean ENGELS, président de chambre;
Nadine WALCH, conseiller;
Françoise SCHANEN, conseiller ;
André WEBER, greffier.

E n t r e :

PERSONNE1.), demeurant à L-ADRESSE1.),

partie appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Guy ENGEL de Luxembourg du 6 janvier 2023,

comparant par Maître Barbara KOOPS, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

PERSONNE2.), demeurant à L-ADRESSE2.),

partie intimée aux fins du susdit exploit ENGEL du 6 janvier 2023,

comparant par Maître Radu DUTA, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Faits et rétroactes

PERSONNE2.), ci-après PERSONNE2.), et PERSONNE1.), ci-après PERSONNE1.), se sont mariés le 18 août 2001 pardevant l'officier de l'état civil de la Commune de Rixensart (Belgique).

De leur union est issu un enfant, à savoir PERSONNE3.), né le DATE1.).

Par exploit de l'huissier de justice Patrick Kurdyban du 4 décembre 2017, PERSONNE2.) a fait assigner PERSONNE1.) à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière de divorce, pour voir prononcer le divorce entre parties aux torts d'PERSONNE1.), sur base de l'ancien article 229 du Code civil.

Suivant jugement n°NUMERO1.) du 21 février 2019, le divorce entre PERSONNE2.) et PERSONNE1.) a été prononcé à leurs torts réciproques.

Suivant jugement subséquent n° NUMERO2.) du 13 juin 2019, le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière de divorce, s'est prononcé sur les mesures accessoires, en attribuant la garde de l'enfant PERSONNE3.) à PERSONNE1.) et en accordant à PERSONNE2.) un droit de visite et d'hébergement une semaine sur deux du lundi à la sortie de l'école au lundi suivant retour à l'école.

Pendant les années impaires, PERSONNE2.) s'est vu accorder un droit de visite et d'hébergement, la deuxième semaine des vacances de Pâques, pendant la 1ère, la 2ème, la 5ème et la 6ème semaine des vacances d'été, l'intégralité des vacances de la Toussaint et pendant la deuxième moitié des vacances de Noël.

Pendant les années paires, il s'est vu octroyer un droit de visite et d'hébergement à l'égard de l'enfant commun PERSONNE3.) pendant la première semaine des vacances de Pâques, pendant l'intégralité des vacances de la Pentecôte, pendant la 3ème, la 4ème, la 7ème et la 8ème semaine des vacances d'été et pendant la première moitié des vacances de Noël.

Le même jugement a également condamné PERSONNE2.) à payer à PERSONNE1.) une contribution de 400,- euros pour l'entretien et l'éducation de l'enfant commun à compter du 1^{er} juillet 2019 ainsi qu'un tiers des frais extraordinaires exposés dans l'intérêt de l'enfant commun.

Le prédit jugement a encore ordonné l'exécution provisoire de la condamnation de PERSONNE2.) au paiement d'une contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant PERSONNE3.).

Par exploit d'huissier de justice du 5 août 2019, PERSONNE1.) a relevé appel du jugement du 13 juin 2019 en ce qui concerne le volet du droit de visite et d'hébergement accordé à PERSONNE2.).

Par exploit d'huissier de justice du 23 août 2019, PERSONNE2.) a fait assigner PERSONNE1.) en référé pour se voir autoriser à exercer immédiatement son droit de visite et d'hébergement envers l'enfant commun une semaine sur deux du lundi à la sortie de l'école au lundi suivant retour à l'école, pendant les vacances de Carnaval et de Pentecôte, la deuxième semaine de Pâques et de Noël, la 3ème, 4ème, 7ème et 8ème semaine des vacances d'été, pendant les vacances de Toussaint, la première semaine de Pâques et de Noël, la 1ère, 2ème, 5ème et la 6ème semaine des vacances d'été.

Reconventionnellement, PERSONNE1.) a demandé à voir condamner PERSONNE2.) à payer une contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant commun de 400.- euros par mois ainsi qu'un tiers des frais extraordinaires exposés dans l'intérêt de l'enfant commun.

Par ordonnance de référé du 20 janvier 2020, la demande d'PERSONNE1.) tendant à la condamnation de PERSONNE2.) au paiement d'une contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant PERSONNE3.) a été déclarée irrecevable au motif que cette demande a d'ores et déjà fait l'objet d'un jugement au fond, exécutoire par provision.

Par un arrêt n° NUMERO3.) du 9 décembre 2020, la Cour d'appel a réformé le jugement entrepris du 13 juin 2019 et a dit non fondée la demande d'PERSONNE1.) en condamnation de PERSONNE2.) au paiement d'une contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant commun, au vu du partage du temps de l'enfant de manière égalitaire entre les deux parents, de la contribution en nature corrélative des deux parents aux besoins de l'enfant, des besoins ordinaires de l'enfant assumés par PERSONNE1.) et couverts par les allocations familiales et de l'importante disparité de revenus entre les deux parents.

Pour le surplus, la Cour d'appel a confirmé la condamnation de PERSONNE2.) au paiement d'un tiers des frais extraordinaires exposés dans l'intérêt de l'enfant commun.

Par exploit de l'huissier de justice Patrick Kurdyban du 21 avril 2021, PERSONNE2.) a fait donner assignation à PERSONNE1.) à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg pour la voir condamner, sous le bénéfice de l'exécution provisoire et le visa des articles 1376 et 1235 du Code civil, à lui payer la somme de 10.250,- euros, correspondant aux sommes indûment touchées à titre de contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant commun et de la participation aux frais extraordinaires, avec les intérêts légaux à partir de la date de l'arrêt de la Cour d'appel du 9 décembre 2020, sinon à partir de la demande en justice, jusqu'à solde.

Il a également demandé à voir ordonner la capitalisation des intérêts pour autant qu'il s'agisse d'intérêts dus au moins pour une année entière.

Il a enfin requis la condamnation d'PERSONNE1.) à l'entière des frais et dépens de l'instance, y compris les frais du commandement de payer du 7 janvier 2021 d'un montant de 127,13 euros, au vœu de l'article 238 du Nouveau Code de procédure civile, sinon d'instituer un partage qui lui sera largement favorable, sinon de réserver les frais, avec distraction au profit de son avocat constitué, qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance ainsi que sa condamnation au paiement d'une indemnité de procédure de 2000,- euros.

Par jugement du 3 novembre 2022, le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, vingtième chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement,

- a dit fondée la demande principale de PERSONNE2.) en répétition de l'indu,
- partant, a condamné PERSONNE1.) à payer à PERSONNE2.) la somme de 10.250,- euros, avec les intérêts légaux à compter du 21 décembre 2020,
- a ordonné la capitalisation des intérêts conformément à l'article 1154 du Code civil pour autant qu'ils portent sur une année entière,
- a condamné PERSONNE1.) à payer à PERSONNE2.) la somme de 127,13 euros, correspondant aux frais du commandement à toutes fins de l'huissier de justice Patrick Kurdyban du 7 janvier 2021,
- a dit non fondée la demande reconventionnelle d'PERSONNE1.) en application de l'article 1244 du Code civil,
- partant, en a débouté,
- a dit non fondées les demandes respectives des parties en allocation d'une indemnité de procédure sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile,
- partant, en a débouté,
- a dit qu'il n'y a pas lieu à exécution provisoire du jugement intervenu,
- a condamné PERSONNE1.) aux frais et dépens de l'instance avec distraction au profit de Maître Radu DUTA, avocat constitué qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance.

Procédure

Par exploit d'huissier du 6 janvier 2023, PERSONNE1.) a relevé appel contre le jugement du 3 novembre 2022, lequel lui a été signifié en date du 29 novembre 2022.

Aux termes de son acte d'appel, PERSONNE1.) demande, par réformation du jugement a quo, principalement, à être déchargée de toutes les condamnations prononcées à son encontre.

Elle demande à voir condamner l'intimé à lui payer le tiers des frais extraordinaires qu'elle a supportés pour les cours particuliers de PERSONNE3.) en anglais ainsi que les frais de la couverture d'assurance SOCIETE1.) s'élevant à un total de 624,99 euros (soit 570,- euros +54,99 euros).

Subsidiairement, pour autant que la Cour d'appel la condamnerait à payer un quelconque montant à l'intimé, elle demande à ordonner la compensation entre ce montant et le montant de 624,99 euros.

Elle demande à dire qu'il n'y pas lieu à application de l'article 1154 du Code civil et à dire que les frais de commandement de l'huissier de justice Kurdyban du 7 janvier 2021 resteront à charge de l'intimé.

Elle demande, par réformation de la décision entreprise, de faire droit à sa demande reconventionnelle sur base de l'article 1244 du Code civil et partant de dire qu'elle apurera les sommes au paiement duquel elle serait condamnée par versement mensuel de 2.000,- euros à l'intimé à compter du jour l'arrêt à intervenir sera définitif et ce jusqu'à apurement total du montant.

Elle demande, par réformation du jugement du 3 novembre 2022, l'allocation d'une indemnité de procédure de 2.000,- euros pour la première instance et elle requiert le même montant à ce titre pour l'instance d'appel.

Elle conclut finalement à la condamnation de l'intimé aux frais et dépens des deux instances avec demande en distraction au profit de son avocat à la Cour concluant sur ses affirmations de droit.

PERSONNE2.) demande la confirmation pure et simple du jugement du 3 novembre 2022.

Aux termes de ses conclusions du 24 mai 2023, il relève appel incident du jugement entrepris et demande, par réformation, la condamnation d'PERSONNE1.) au paiement d'une indemnité de procédure de 2.000,- euros pour la première instance. Il réclame le même montant au titre de l'indemnité de procédure pour l'instance d'appel.

Il conclut à la condamnation de la partie appelante à tous les frais et dépens, en ce compris les frais du commandement KURDYBAN du 7 janvier 2021, avec distraction au profit de son avocat à la Cour concluant sur ses affirmations de droit.

Par ordonnance du 5 octobre 2023, l'instruction de l'affaire qui s'est faite conformément aux articles 222-1 et suivants du Nouveau Code de procédure civile a été clôturée et par courrier du 21 décembre 2023, les mandataires des parties ont été informés que l'affaire a été renvoyée devant à Cour à l'audience des plaidoiries du 3 janvier 2024.

Position des parties

PERSONNE1.)

PERSONNE1.) est d'avis que les conditions de la répétition de l'indu laissent d'être établies en l'espèce.

Si la première condition de la répétition de l'indu, en l'occurrence le paiement d'une somme d'argent, est remplie en l'espèce, la seconde condition ferait toutefois défaut, dans la mesure où tant la contribution mensuelle à l'entretien et à l'éducation de PERSONNE3.) de 400,- euros entre juillet 2019 et décembre 2020 que les frais extraordinaires acquittés par l'intimée durant la même période resteraient dus à l'appelante malgré l'arrêt n°NUMERO3.) du 9 décembre 2020 de la Cour d'appel de Luxembourg.

La Cour d'appel aurait motivé sa décision de rejet de la demande de l'appelante en condamnation de l'intimé au paiement d'une pension alimentaire pour PERSONNE3.) en se fondant « *sur le partage du temps de l'enfant de manière égalitaire entre les deux parents, de la contribution en nature corrélative des deux parents aux besoins de l'enfant, des besoins ordinaires de l'enfant assumé par l'appelante et couverts par les allocations familiales et de l'importante disparité de revenus entre les parents* ».

Cet arrêt n'aurait pas de vocation à s'appliquer rétroactivement, mais s'appliquerait seulement pour l'avenir alors que jusqu'à cet arrêt, l'enfant aurait essentiellement résidé auprès d'elle, sans préjudice des droits de visite et d'hébergement de PERSONNE2.) exercés en période scolaire, chaque deuxième mercredi jusqu'au lundi, rentrée des classes.

Ce serait à tort que les juges de première instance auraient interprété l'arrêt n°NUMERO3.) du 9 décembre 2020 en ce sens qu'il aurait un effet rétroactif, au prétendu motif que « *le changement introduit par le jugement du 13 juin 2019 ne concernait que deux jours supplémentaires sur quatorze jours par rapport au droit de visite et d'hébergement de cinq jours sur quatorze jours régulièrement pratiqué depuis 2016 par les parties* ».

Selon la jurisprudence constante en la matière, les contributions alimentaires fixées par ordonnance de référé resteraient couvertes par cette ordonnance tant que le juge du fond ne se sera pas définitivement prononcé sur les mesures accessoires.

La contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant fixée par un jugement exécutoire par provision aurait vocation à s'appliquer tant que ce jugement n'est pas réformé.

La contribution fixée par les premiers juges serait due jusqu'à ce que l'arrêt rendu par la Cour d'appel le 9 décembre 2020 soit coulé en force de chose jugée.

Par analogie, la condamnation de l'intimé à supporter un tiers des frais extraordinaires fixé par l'ordonnance de référé-divorce du 20 janvier 2020 du tribunal d'arrondissement de Luxembourg assortie de l'exécution provisoire, aurait vocation à s'appliquer tant que la Cour d'appel n'aurait pas vidé l'appel interjeté par l'intimé contre le jugement du 13 juin 2019.

Dans le cadre du litige ayant abouti à l'arrêt du 9 décembre 2020, PERSONNE2.) n'aurait jamais demandé le remboursement des contributions de l'entretien et l'éducation de l'enfant ainsi que des frais extraordinaires acquittés entre juin 2019 et

juillet 2020, mais seulement à être « déchargé » [pour le futur] de sa condamnation au paiement d'une pension alimentaire.

Accorder à l'arrêt un effet rétroactif reviendrait à statuer *ultra petita* alors que l'intimé n'aurait jamais demandé à être déchargé pour le passé et obtenir remboursement des sommes acquittées entre juillet 2019 et décembre 2020.

PERSONNE1.) soutient ensuite que la troisième condition de la répétition de l'indu ne serait pas remplie, dans la mesure où lors des plaidoiries devant le juge des référés, PERSONNE2.) aurait reconnu s'acquitter volontairement de la pension alimentaire et devoir contribuer aux frais extraordinaires de l'enfant à raison d'un tiers.

Il y aurait partant lieu à réformation du jugement *a quo* et à débouter PERSONNE2.) de sa demande en répétition de l'indu.

Ce serait encore à tort que les juges de première instance auraient ordonné la capitalisation des intérêts pour autant qu'ils portent sur une année entière, les conditions de l'article 1154 du Code civil n'étant pas remplies.

Aux termes de son acte d'appel, PERSONNE1.) demande à voir condamner l'intimé à lui payer le tiers des frais extraordinaires qu'elle a supportés pour les cours particuliers de PERSONNE3.) en anglais ainsi que les frais de la couverture d'assurance SOCIETE1.) s'élevant à un total de 624,99 euros (soit 570,- euros +54,99 euros).

Subsidiairement, pour autant que la Cour d'appel la condamnerait à payer un quelconque montant à l'intimé, elle demande à ordonner la compensation entre ce montant et le montant de 624,99 euros.

PERSONNE1.) demande, par réformation de la décision entreprise, de faire droit à sa demande reconventionnelle sur base de l'article 1244 du Code civil et partant de dire qu'elle apurera les sommes au paiement duquel elle serait condamnée par des versements mensuels de 2.000,- euros à l'intimé à compter du jour où l'arrêt à intervenir sera définitif et ce jusqu'à apurement total du montant.

Elle critique la juridiction de première instance d'avoir fait une mauvaise appréciation de sa situation financière et de ne pas avoir tenu compte des pièces sur sa situation financière, et notamment celle relatives à ses importantes charges financières.

Elle soutient que sa situation serait encore aggravée par le comportement de l'intimé qui ferait obstacle à la liquidation du régime matrimonial des parties.

PERSONNE1.) requiert, par réformation du jugement du 3 novembre 2022, l'allocation d'une indemnité de procédure de 2.000,- euros pour la première instance et elle requiert le même montant à ce titre pour l'instance d'appel.

Elle conclut enfin à la condamnation de la partie intimée aux frais et dépens des deux instances avec distraction au profit de son avocat à la Cour concluant sur ses affirmations de droit.

En tout état de cause, elle demande à être déchargée de la condamnation aux frais de commandement de l'huissier Kurdyban, considérant que ces frais sont des frais frustratoires.

PERSONNE2.)

PERSONNE2.), de son côté, réfute les soutènements de la partie appelante suivant lesquels l'arrêt du 9 décembre 2020 ne saurait avoir un effet pour le futur.

Il conteste l'interprétation adverse de son appel contre le jugement du 13 juin 2019 aux termes duquel il aurait seulement demandé à « *être déchargé pour le futur* » ainsi que les réflexions de l'appelante sur un *ultra petita* de la Cour d'appel car soi-disant il n'aurait pas demandé à obtenir le remboursement des sommes acquittées.

Les allégations d'PERSONNE1.) que « *PERSONNE3.) passait la majorité du temps avec elle et notamment les mardi, jeudi et vendredi après-midi, alors que les cours à l'école européenne se terminaient à ces jours-là à 13 heures* » serait hors propos dans la présente instance.

PERSONNE2.) explique qu'en matière d'indu ultérieur, le caractère indu apparaîtrait postérieurement au paiement intervenu, soit parce que la raison juridique le justifiant n'existait pas en réalité (nullité) soit parce que celle-ci, existant, a par la suite disparu (résolution ou condition résolutoire).

Ainsi, le caractère postérieur de l'indu procéderait de la nullité, de la résolution, de la rescision, de l'abrogation d'un texte, de l'infirmité d'un jugement ôtant toute efficacité à l'obligation qui existait au jour du paiement. Au moment du paiement, le *solvens* était débiteur et l'accipiens était créancier. Un événement ultérieur anéantit dès l'origine l'obligation qui incombait au *solvens*. Le paiement devient rétroactivement sans cause.

La jurisprudence française irait même plus loin en considérant que la décision d'infirmité ou d'annulation constitue un titre exécutoire permettant de poursuivre les restitutions sans que le juge d'appel ne l'ordonne expressément.

Comme la décision de la Cour d'appel du 9 décembre 2020 aurait modifié la décision de première instance et se serait substituée à celle-ci, elle mettrait nécessairement à néant les dispositions contraires du jugement de première instance, ce qui justifierait en conséquence, la restitution.

PERSONNE2.) conteste ensuite que les différents paiements aient été effectués volontairement.

Les versements seraient intervenus en exécution du jugement du 13 juin 2019, statuant sur les mesures accessoires relatives à l'enfant commun, de sorte qu'il ne serait, en l'espèce, pas question d'une obligation naturelle dont il se serait acquitté volontairement.

L'intimé conclut dès lors à la confirmation de la décision entreprise en ce qu'elle a déclaré fondée sa demande en répétition de l'indu.

Il demande encore voir confirmer la décision entreprise en ce qu'elle a ordonné la capitalisation des intérêts sur base de l'article 1154 du Code civil et en ce qu'elle a rejeté la demande d'PERSONNE1.) sur base de l'article 1244 du Code civil.

PERSONNE2.) soulève l'irrecevabilité de la demande reconventionnelle en remboursement des frais des cours d'anglais pour l'enfant commun et des frais SOCIETE1.) au motif que cette demande serait une demande nouvelle prohibée en appel.

Il conteste encore le bien-fondé de la demande alors qu'il n'aurait pas été informé au préalable de la mise en cause de tels frais.

PERSONNE2.) relève appel incident du jugement entrepris et demande, par réformation, la condamnation d'PERSONNE1.) au paiement d'une indemnité de procédure de 2.000,- euros pour la première instance. Il demande à se voir allouer le montant de 2.000,- euros au titre de l'indemnité de procédure pour l'instance d'appel.

Il demande à confirmer la condamnation de la partie appelante aux frais et dépens de la première instance, en ce compris les frais de commandement de l'huissier Kurdyban, avec distraction au profit de l'avocat à la Cour concluant sur ses affirmations de droit. Il formule la même demande pour les frais et dépens de l'instance d'appel.

Appréciation de la Cour

L'appel introduit dans les délais et formes de la loi est à déclarer recevable.

1. Quant au bien-fondé de l'appel

- La répétition de l'indu

L'objet du litige a trait à une demande en remboursement de PERSONNE2.) à l'encontre de PERSONNE1.) de la somme de 10.250,- euros, qu'il dit avoir indûment payée à titre de contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant commun, sur base des articles 1376 et 1235 du Code civil.

Il résulte desdits articles que ce qui a été payé indûment est sujet à répétition. En cas de répétition de l'indu objectif la preuve d'une erreur du *solvens* n'est pas exigée. Celui-ci n'a d'autre preuve à rapporter que celle de l'existence d'un paiement indu, c'est-à-dire d'un paiement sans cause. S'agissant de l'indu objectif, la faute commise par le *solvens* ne supprime pas son droit d'agir en répétition du paiement indu auquel il a procédé au profit de l'*accipiens* (cf. Cour 23 mai 2001, rôle n°22393).

En effet, les articles 1235 et 1376 du Code civil ne font pas de la constatation de l'erreur une condition nécessaire de la répétition de l'indu dans le cas où le paiement se trouve dépourvu de cause en raison de l'inexistence ou de la disparition de la dette (cf. Cour 13 juin 2001, n°25316 du rôle).

L'action en répétition n'est pas exclue en matière d'aliments. En cas de réformation d'un jugement allouant des pensions alimentaires, les arrérages de pension payés sans cause sont sujets à répétition (Enc. Dalloz Verbo aliments n° 284, TA Lux, 27 octobre 1988, n° 37382 du rôle).

Il n'est pas contesté que pendant la période du mois de juillet 2019 au mois de décembre 2020, PERSONNE2.) a payé à la partie appelante la somme de 7.200,- [18X400] euros à titre de contribution à l'entretien et l'éducation de l'enfant commun mineur et la somme de 3.050,- euros à titre de frais de minerval et de sport.

Il s'agit donc d'analyser si, en l'espèce, le paiement de la pension alimentaire respectivement celui du tiers des frais extraordinaires effectués par PERSONNE2.) à PERSONNE1.) constitue un paiement sans cause en raison de l'inexistence ou de la disparition de la dette.

La Cour rappelle qu'en l'espèce, la procédure de divorce entre parties introduite avant le 1^{er} novembre 2018, date d'entrée en vigueur de la loi du 27 juin 2018 instituant le juge aux affaires familiales, était soumise à la loi ancienne sur le divorce, tant en ce qui concerne la procédure, donc la compétence, la saisine et les voies de recours, qu'en ce qui concerne le fond de l'affaire.

Par jugement civil n°NUMERO2.) du 13 juin 2019, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a condamné PERSONNE2.) à payer à PERSONNE1.) une contribution à l'éducation et à l'entretien de leur fils mineur de 400,- euros par mois, allocations familiales non comprises, payable et portable le premier de chaque mois et pour la première fois le 1^{er} juillet 2019 et à adapter de plein droit et sans mise en demeure préalable aux variations du nombre-indice du coût de la vie, dans la mesure où les revenus du débiteur d'aliments y sont adaptés.

Le tribunal a encore condamné PERSONNE2.) à payer à PERSONNE1.) un tiers des frais extraordinaires de leur enfant, engagés sur base d'une décision commune des parties, cette participation étant payable dans le mois de la présentation par PERSONNE1.) de la facture afférente.

Il a ordonné l'exécution provisoire du jugement en ce qu'il porte sur la contribution de PERSONNE2.) à l'éducation et à l'entretien de l'enfant commun.

Par exploit d'huissier du 5 août 2019, PERSONNE1.) a interjeté appel contre le jugement précité du 13 juin 2019.

Saisi d'une demande principale de PERSONNE2.) et d'une demande reconventionnelle d'PERSONNE1.) tendant à voir régler les mesures provisoires relatives à l'enfant commun mineur dans l'attente de la décision d'appel au fond, le juge

des référés a constaté dans son ordonnance du 20 février 2020 que la condamnation au paiement d'une pension alimentaire mensuelle de 400,- euros prononcée par le jugement du 13 juin 2009 est assortie de l'exécution provisoire, de sorte que nonobstant appel, PERSONNE2.) doit payer depuis le 1^{er} juillet 2019 le montant de 400.- euros par mois. Il a dès lors déclaré la demande d'PERSONNE1.) en obtention d'une contribution pour l'entretien et l'éducation de l'enfant commun irrecevable au motif que la condamnation telle que demandée, bien que provisoire, a déjà fait l'objet d'un jugement, la situation financière des parties ayant été analysée. Dans la mesure où la condamnation du père au tiers des frais extraordinaires reprise dans le jugement du 13 juin 2019 n'était pas exécutoire par provision, le juge des référés a condamné PERSONNE2.) à payer PERSONNE1.) un tiers des frais extraordinaires en rapport avec l'enfant commun mineur, à savoir les frais de scolarité à l'Ecole européenne, de cantine, les voyages scolaires, les activités et sorties extrascolaires, les frais médicaux, y compris les frais d'hospitalisation, les frais dentaires, d'orthodontie, de lunettes et/ou de lentilles de contact après déduction de la part prise en charge par la Caisse Nationale de Santé et/ou une mutuelle et les frais de permis de conduire, sur base d'une décision commune des parties à partir du 16 décembre 2019.

PERSONNE1.) ne conteste ni la réalité des paiements effectués par la partie intimée au titre de la pension alimentaire et des frais extraordinaires, ni leurs montants.

Il découle des considérations ci-avant que la pension alimentaire de 7.200,- euros pour la période allant de juillet 2019 à décembre 2020 a été payée en exécution du jugement du 13 juin 2019, tandis que le paiement du tiers des frais extraordinaires est intervenu soit en exécution volontaire du jugement du 13 juin 2019 alors que le jugement n'était pas exécutoire par provision en ce qui concerne ces frais, soit en exécution de l'ordonnance de référé du 20 janvier 2020.

L'arrêt n° NUMERO3.) du 9 décembre 2020 a, par réformation du jugement du 13 juin 2019, dit non fondé la demande d'PERSONNE1.) en obtention d'une contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant commun mineur eu égard au partage égalitaire du temps de l'enfant entre les deux parents.

Si l'arrêt en question a confirmé que la contribution du père aux charges extraordinaires de l'enfant est d'un tiers, il a, néanmoins, retiré de l'assiette de ces frais, les frais des activités sportives et de cantine, de sorte que les parties arguent de l'applicabilité de cette modification aux frais exposés entre juillet 2019 et décembre 2020.

Les parties sont en désaccord sur la date de prise d'effet de la décision de réformation relative à la pension alimentaire mensuelle.

Tandis que la partie appelante soutient que l'arrêt précité ne saurait avoir d'effet rétroactif, de sorte que la dette alimentaire aurait existé jusqu'à ce que l'arrêt aurait acquis autorité de chose jugée, la partie intimée estime que l'arrêt de la Cour réformant une décision au fond exécutoire par provision aurait nécessairement anéanti de façon rétroactive l'obligation alimentaire.

L'appelante prend appui dans la motivation du partage égalitaire du temps de l'enfant entre parents pour dire que l'arrêt de la Cour d'appel n'aurait vocation qu'à s'appliquer pour l'avenir alors que ce partage égalitaire aurait seulement été mis en place après la décision de ledit arrêt, étant rappelé que le droit de visite et d'hébergement égalitaire octroyé au père par le jugement du 13 juin 2019 n'était pas exécutoire par provision. Jusqu'à la décision de la Cour d'appel du 9 décembre 2020, l'enfant aurait résidé principalement auprès de la mère.

Elle estime encore qu'il serait de jurisprudence que les secours des enfants fixés par l'ordonnance de référé restent couverts par cette ordonnance tant que le juge du fond ne se serait pas définitivement prononcé sur les mesures accessoires et que ce raisonnement s'appliquerait par analogie à la condamnation aux frais extraordinaires reprise l'ordonnance de référé du 20 janvier 2020.

Il convient de rappeler que le juge des référés a, au vœu de l'article 267 bis alinéa 1^{er} du Code civil, compétence unique et exclusive pour régler les mesures provisoires relatives à la personne, aux aliments et aux biens des parties et de leurs enfants pendant la durée de l'instance en divorce. Cette compétence s'étend cependant aux seules mesures provisoires justifiées en raison de la procédure de divorce. Les mesures ressortissant des pouvoirs du juge du référé-divorce ne peuvent ainsi avoir d'effet antérieurement à la demande en divorce et leurs effets cessent avec la procédure de divorce au fond, conformément aux dispositions de l'alinéa 4 de l'article 267 bis du Code civil.

La dette alimentaire ne découle, en l'espèce, pas de l'ordonnance de référé du 20 janvier 2020 qui aurait continué à s'appliquer jusqu'à ce que l'arrêt de la Cour d'appel ait acquis force de chose jugée, mais d'une décision de la juridiction du fond, assorti de l'exécution provisoire.

Une créance alimentaire découlant d'une ordonnance de référé n'a ni la même cause ni le même objet que celle fixée par un jugement de divorce. Cette absence d'identité de cause et d'objet résulte nécessairement du fait que les deux créances reposent sur des titres distincts.

Le raisonnement suivant lequel le jugement du 13 juin 2019 aurait dû continuer à s'appliquer jusqu'à ce que l'arrêt de la Cour d'appel du 9 décembre 2020 n'ait acquis force de chose jugée, ne saurait dès lors tenir.

Le jugement du 13 juin 2019 n'avait qu'une autorité au provisoire en ce qui concerne le secours alimentaire pour l'enfant commun mineur, de sorte que son exécution était susceptible de donner lieu à restitution en cas de réformation de la décision.

Comme, par son arrêt n°NUMERO3.) du 9 décembre 2020, la Cour d'appel a dit non fondée la demande d'PERSONNE1.) en obtention d'un secours alimentaire pour l'entretien et l'éducation de l'enfant commun mineur, la cause du paiement de la somme de 7.200,- euros [= 18X400] effectué par PERSONNE2.) au profit de la partie appelante en exécution de ce jugement a disparu.

La conséquence est qu'il y a lieu à restitution des sommes acquittées.

Il ne saurait dès lors être question d'un *ultra petita*, au motif que la partie intimée n'aurait pas demandé une décharge rétroactive, tel que soulevé par PERSONNE1.) aux termes de ses conclusions du 30 juin 2023.

Les développements de la partie appelante sur une prise d'effet de la décision de décharge pour le seul avenir, fondés sur la motivation de la décision de réformation de la Cour consistant dans le partage égalitaire du temps de l'enfant entre les deux parents, sont, en l'absence de dispositions dans l'arrêt quant à une date de prise d'effet de sa décision de réformation, dénués de pertinence.

Pour être complet, la Cour constate encore que le raisonnement de la partie appelante tombe à faux dans la mesure où non seulement, le partage du temps de l'enfant entre les deux parents qui était déjà largement égalitaire avant la décision du 13 juin 2019, tel que l'ont relevé à juste titre les juges de première instance, mais encore le disparité des revenus des parties - les capacités financières du père étant moindre - ont motivé la décision de réformation de la demande d'PERSONNE1.) au titre du secours alimentaire mensuel pour l'enfant commun mineur.

En ce qui concerne la reconnaissance de l'intimé de s'acquitter volontairement de la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant commun mineur tirée par PERSONNE1.) des déclarations de ce dernier lors des débats à l'audience ayant abouti à l'ordonnance de référé du 20 février 2020, la Cour considère que c'est par une analyse correcte des propos de PERSONNE2.) repris dans l'ordonnance du 20 janvier 2020 que le tribunal a retenu qu'il ne saurait être question de paiement volontaire.

Si l'intimé a précisé qu'il s'acquiesce volontairement du montant fixé par le jugement du 13 juin 2019 et s'il s'est rapporté à prudence de justice quant à la demande d'PERSONNE1.) en obtention d'une pension alimentaire pour l'enfant commun mineur jusqu'à ce qu'une décision définitive au fond intervienne, il a rajouté que le montant est contesté en appel.

Il se dégage à suffisance de droit des considérations qui précèdent qu'il ne saurait être question d'une libération volontaire dans le chef de PERSONNE2.) de son obligation de payer la pension alimentaire pour son fils mineur, étant donné que le paiement est intervenu en exécution d'une décision judiciaire.

C'est donc à juste titre que la juridiction du premier degré a dit que les pensions alimentaires payées par la partie intimée pour les mois de juillet 2019 à décembre 2020, étaient indues et sujettes à répétition.

Le jugement entrepris est donc à confirmer en ce qu'il a condamné PERSONNE1.) à rembourser le montant de 7.200,- euros à PERSONNE2.).

Concernant les frais extraordinaires, comme mentionné ci-avant, le paiement du tiers des frais extraordinaires est intervenu soit en exécution volontaire du jugement du

13 juin 2019 alors que le jugement n'était pas exécutoire par provision en ce qui concerne ces frais, soit en exécution de l'ordonnance de référé du 20 janvier 2020.

L'ordonnance de référé avait vocation à s'appliquer aux frais extraordinaires exposés entre la date du 16 décembre 2019 et le jour où l'arrêt de la Cour d'appel est devenu définitif.

Dans la mesure où PERSONNE2.) ne verse pas de pièces relatives aux paiements des frais extraordinaires, la Cour ignore la date exacte du paiement de ces frais et dès lors, en vertu de quel titre, ils ont été effectués.

La Cour n'est pas non plus en mesure de vérifier le constat des juges de première instance que la dépense de 3.050,- euros se rapporte exclusivement à des frais de tennis.

Aux termes de ses conclusions de première instance, PERSONNE2.) a fait état de frais de minerval et de tennis.

A admettre qu'il s'agit effectivement exclusivement des frais de tennis, l'ordonnance de référé du 20 janvier 2020 inclut les frais des activités extrascolaires dans les frais extraordinaires auxquels PERSONNE2.) doit participer, de sorte qu'il aurait été important de savoir à quelle date ces frais se rapportent.

Concernant les frais de minerval, la Cour entend observer que contrairement à ce qu'ont constaté les juges de première instance, toutes les décisions de justice ont considéré que les frais de scolarité de l'école européenne font partie des frais extraordinaires, la Cour d'appel qualifiant de frais extraordinaires, notamment les frais relatifs à la formation scolaire de l'enfant, le coût des classes de neige et des classes de mer, les frais d'inscription et de cours et le juge des référés mentionnant expressément les frais de scolarité à l'école européenne.

Les frais de minerval sont dès lors en tout état de cause inclus dans les frais extraordinaires.

Faute par PERSONNE2.) de produire les preuves de paiement permettant de vérifier la cause du paiement – minerval ou frais de tennis – et la date du paiement, il reste en défaut d'établir que le paiement du montant de 3.050,- euros était indu.

L'intimé ne saurait dès lors prospérer dans sa demande en répétition de ces frais.

Concernant les paiements effectués après le 16 décembre 2019, il y a lieu de constater que l'ordonnance de référé du 20 janvier 2020 a expressément inclus les frais relatifs aux activités extrascolaires dans les frais extraordinaires.

En vertu de cette décision, PERSONNE2.) était tenu de participer au tiers de ces frais en vertu de l'ordonnance de référé, de sorte que le paiement de 3.050,- euros, ne constitue pas un paiement sans cause, l'arrêt sur le fond du litige de la Cour d'appel n'ayant pas d'incidence sur la décision de référé.

Dans la mesure où l'intimé s'est acquitté de sa participation auxdits frais, il était nécessairement d'accord avec ses dépenses.

Par réformation du jugement du 3 novembre 2022, la Cour décharge PERSONNE1.) du remboursement du montant de 3.050,- euros au titre des frais de minerval et de sport.

- La demande reconventionnelle

La demande d'PERSONNE1.) en remboursement des frais extraordinaires pour des cours de rattrapage en anglais et pour l'assurance SOCIETE1.) n'a pas été formulée en première instance.

Indépendamment de la question de la compétence matérielle de la Cour d'appel, siégeant en matière civile, pour connaître de cette demande, respectivement de la question de l'existence d'un titre exécutoire relatif aux frais réclamés, elle est à déclarer irrecevable au regard de l'article 592 du Nouveau Code de procédure civile alors qu'elle ne constitue pas une défense à l'action principale de la répétition de l'indu. En effet, la demande au titre de la participation aux frais est une demande autonome ayant un objet et une cause propre. Une telle demande est irrecevable lorsqu'elle est présentée pour la première fois en appel, étant donné que cette demande ne tend pas au rejet total ou partiel de la demande de l'intimé et n'est dès lors pas à considérer comme une défense à l'action principale (cf. Cour 27 février 2013, n°38077 du rôle ; Cour 15 janvier 2014, n°38858 et 39595 du rôle).

- Les délais de paiement

L'article 1244 du Code civil prévoit que « *Le débiteur ne peut point forcer le créancier à recevoir en partie le paiement d'une dette, même divisible.*

Les juges peuvent néanmoins, en considération de la position du débiteur et en usant de ce pouvoir avec une grande réserve, accorder des délais modérés pour le paiement, et surseoir à l'exécution des poursuites, toutes choses demeurant en état ».

Il résulte du libellé même de cette disposition que le juge est appelé à faire usage de la faculté qui lui est donnée d'accorder des délais avec grande réserve. Cette possibilité suppose cependant que le débiteur soit de bonne foi (cf. Cour, 17 octobre 2018, arrêt n°161/18-II-CIV).

Si PERSONNE1.) détaille sa situation financière et s'estime capable d'apurer sa dette moyennant des paiements mensuels de 2.000,- euros, force est de constater qu'elle reste en défaut de produire des pièces actualisées justifiant ses propos.

A l'instar des juges de première instance, la Cour constate que l'appelante ne verse aucune pièce justificative quant à ses revenus.

Les pièces relatives à ses dépenses se rapportent, par ailleurs, majoritairement aux années 2021 et 2022.

Contrairement aux soutènements de l'appelante, la juridiction de première instance a analysé sa situation financière sur base des pièces produites.

La Cour approuve le tribunal en ce qu'il a constaté que les revenus de l'appelante, tels qu'ils se dégagent de l'arrêt du 9 décembre 2020, permettent à PERSONNE1.) de faire face à ses frais qui constituent essentiellement des frais de la vie courante et des frais exposés dans l'intérêt commun de l'enfant partagés entre les parents.

Eu égard aux considérations ci-avant et en l'absence de pièces justificatives de ses revenus, PERSONNE1.) n'a ni démontré qu'elle se trouvait, ni qu'elle se trouve actuellement dans une situation financière qui l'empêcherait de s'acquitter de sa dette envers PERSONNE2.).

Le jugement entrepris est à confirmer à cet égard.

2. Quant aux demandes accessoires

- La capitalisation des intérêts

Concernant la demande en capitalisation des intérêts, l'article 1154 du Code civil prévoit que les intérêts échus peuvent produire des intérêts par une demande judiciaire s'il s'agit d'intérêts dus au moins pour une année entière.

La capitalisation des intérêts, encore nommée anatocisme, consiste à admettre que les intérêts dus et non payés s'ajouteront au capital et produiront eux-mêmes intérêts à chaque échéance. Aux termes de l'article 1154 du Code civil, les intérêts échus des capitaux peuvent produire des intérêts, ou par une demande judiciaire, ou par une convention spéciale pourvu que, soit dans la demande, soit dans la convention, il s'agisse d'intérêts dus au moins pour une année entière.

Le jugement de première instance est à confirmer en ce qu'il a retenu que les intérêts sont à allouer à partir du 21 décembre 2020, date de la mise en demeure.

Cependant, si PERSONNE2.) a formulé sa demande en capitalisation des intérêts dans son exploit introductif d'instance du 21 avril 2021, le laps de temps écoulé entre la mise en demeure et l'assignation en justice est inférieur à un an, de sorte que les conditions de l'article 1154 du Code civil ne sont pas remplies en l'espèce.

Il y a lieu à réformation sur ce point.

- Les indemnités de procédure

PERSONNE1.) requiert, par réformation du jugement du 3 novembre 2022, l'allocation d'une indemnité de procédure de 2.000,- euros pour la première instance et elle requiert le même montant à ce titre pour l'instance d'appel.

PERSONNE2.) relève appel incident du jugement entrepris et demande, par réformation, la condamnation d'PERSONNE1.) au paiement d'une indemnité de

procédure de 2.000,- euros pour la première instance. Il demande à se voir allouer le montant de 2.000,- euros au titre de l'indemnité de procédure pour l'instance d'appel.

L'application de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile relève du pouvoir discrétionnaire du juge (cf. Cass. n°60/15 du 2 juillet 2015, numéro 3508 du registre).

C'est par une appréciation saine de la cause que les juges de première instance ont débouté les parties de leurs prétentions respectives sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile faute de justification de la condition d'iniquité.

Le jugement du 3 novembre 2022 est à confirmer à cet égard.

Eu égard à l'issue finale du litige, les parties sont encore à débouter de leurs demandes respectives au titre de l'indemnité de procédure pour l'instance d'appel.

- Les frais et dépens

Les parties demandent chacune la condamnation de la partie adverse au paiement des frais et dépens des deux instances avec demande en distraction au profit de leurs avocats à la Cour concluants qui affirment en avoir fait l'avance.

PERSONNE1.) critique notamment le jugement entrepris en ce qu'il a mis à sa charge les frais du commandement de l'huissier de justice Kurdyban à hauteur de 127,13 euros, motif pris de leur caractère frustratoire.

Concernant les frais et dépens, la Cour rappelle qu'aux termes de l'article 238 du Nouveau Code de procédure civile, « *toute partie qui succombera sera condamnée aux dépens sauf au tribunal à laisser la totalité, ou une fraction des dépens à charge d'une autre partie par décision spéciale et motivée* ».

La condamnation de la partie perdante n'est que la constatation que celui qui a triomphé en justice doit pouvoir se faire rembourser des frais qu'il a exposés. Elle ne suppose aucune appréciation sur la légitimité de la demande ou l'illégitimité de la défense. Dans la notion de « *succombance* » se trouve l'idée qu'une prétention de la partie n'a pas été admise (cf. JCL Procédure civile, fasc. 400-85 : Dépens – Condamnation aux dépens, nos 34 et 42).

La Cour approuve la juridiction de première instance en ce qu'elle a considéré que les frais de commandement de l'huissier Kurdyban à hauteur de 127,13 euros, même s'ils ne font pas partie des frais et dépens de la première instance alors qu'ils ont été engagés avant son introduction, sont à mettre à charge d'PERSONNE1.) au regard de l'issue du litige et du bien-fondé de la demande en répétition de l'indu de la partie intimée.

Ainsi, même si le jugement de première instance est à réformer en ce qui concerne la demande en répétition des frais extraordinaires, toujours est-il qu'PERSONNE1.) reste la partie succombante.

Au vu des principes exposés ci-avant et de l'issue finale du litige, il y a lieu de confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a condamné PERSONNE1.) aux frais et dépens de la première instance, en ce compris les frais de commandement de l'huissier de justice Kurdyban.

Il y a également lieu de condamner PERSONNE1.) aux frais et dépens de l'instance d'appel, avec distraction au profit de Maître Radu DUTA, avocat à la Cour, sur ses affirmations de droit.

PAR CES MOTIFS :

La Cour d'appel, septième chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement,

reçoit les appels principal et incident,

dit irrecevable la demande d'PERSONNE1.) au titre des frais extraordinaires,

dit non fondé l'appel incident,

dit partiellement fondé l'appel principal,

par réformation, ramène la condamnation d'PERSONNE1.) au montant de 7.200,- euros,

dit qu'il n'y a pas lieu à capitalisation des intérêts,

confirme le jugement n°NUMERO4.) du 3 novembre 2022 pour le surplus,

déboute les parties de leurs prétentions respectives sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile pour l'instance d'appel,

condamne PERSONNE1.) aux frais et dépens de l'instance d'appel, avec distraction au profit de Maître Radu DUTA, avocat à la Cour, sur ses affirmations de droit.