

Arrêt référé

Audience publique du 13 juillet deux mille cinq

Numéros 29586 et 30114 du rôle.

Composition:

Eliette BAULER, président de chambre;
Julien LUCAS, premier conseiller;
Charles NEU, conseiller;
Jeannot NIES, avocat général;
Daniel SCHROEDER, greffier.

I) E n t r e :

A.), indépendante, demeurant à L-(...), (...),

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Pierre KREMMER de Luxembourg en date du 2 décembre 2004,

comparant par Maître Claude SCHMARTZ, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

B.), indépendante, demeurant à L-(...), (...),

intimée aux fins du susdit exploit KREMMER du 2 décembre 2004,

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

II) E n t r e :

B.), indépendante, demeurant à L-(...), (...),

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Geoffrey GALLE, en remplacement de l'huissier de justice Roland FUNK de Luxembourg en date du 19 mai 2005,

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

e t :

A.), indépendante, demeurant à L-(...), (...),

intimée aux fins du susdit exploit GALLE du 19 mai 2005,

comparant par Maître Claude SCHMARTZ, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg ;

en présence de :

Nathalie BARTHELEMY, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, représentant les intérêts de l'enfant mineur **E.)**.

LA COUR DAPPEL :

Statuant sur la demande de **A.)** tendant à contraindre **B.)** à lui accorder un droit de visite et d'hébergement à l'égard de l'enfant **E.)**, né le (...), le juge des référés a, par ordonnance contradictoire no. 549/2003 du 18 juillet 2003, déclaré la demande recevable sur base de l'article 932 du nouveau code de procédure civile et a institué une enquête sociale sur la situation matérielle et morale des parties au litige, en analysant plus particulièrement les relations entre **B.)** et **A.)** afin de se prononcer sur l'opportunité, voire l'étendue d'un droit de visite régulier de l'enfant **E.)** à accorder à **A.)**.

Pour statuer ainsi, le juge des référés a retenu que l'urgence est dans des procès de ce genre réalisée presque nécessairement de plein droit, que les

père et mère ne devraient pas, discrétionnairement, empêcher ou interrompre les liens qui pourraient s'établir entre leur enfant et un tiers, a considéré que la demande est recevable sur base de l'article 932 du nouveau code de procédure civile pour faire régler le droit réclamé par **A.**), a relevé que **A.**) a rapporté la preuve de la situation exceptionnelle dans son chef, telle que visée à l'article 374 alinéa 2 du code civil et a retenu le principe d'un droit de visite en sa faveur et a ordonné avant tout autre progrès en cause une enquête sociale.

La mesure d'instruction fut déposée au greffe du tribunal d'arrondissement de Luxembourg le 2 juin 2004.

Suite au dépôt du rapport d'enquête sociale le juge des référés a, par ordonnance contradictoire no. 698/2004 du 4 octobre 2004, renvoyé l'affaire en continuation de la procédure devant le tribunal de la jeunesse de et à Luxembourg.

Le 2 décembre 2004 **A.**) a relevé appel, par exploit d'huissier de justice, de l'ordonnance de référé no. 698/2004 du 4 octobre 2004.

Le 19 mai 2005 **B.**) a interjeté appel à l'encontre de l'ordonnance no. 549/2003 du 18 juillet 2003.

Dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice il y a lieu de joindre les deux appels inscrits sous les numéros du rôle 30114 et 29586 et de statuer par un seul et même arrêt.

Pour respecter un ordre logique il y a lieu d'analyser d'abord l'appel du 19 mai 2005 dirigé contre l'ordonnance du 18 juillet 2003 avant de procéder à l'appréciation de l'appel porté contre l'ordonnance du 4 octobre 2004.

A l'appui de son recours **B.**) fait grief au juge des référés d'avoir retenu que l'action intentée par **A.**) était urgente de par sa nature compte tenu des éléments de la cause tels que relevés dans l'ordonnance de référé et d'avoir admis par voie de conséquence que la condition d'application de l'article 932 alinéa 1^{er} constituée par l'exigence de l'urgence était donnée en l'espèce. Selon elle, l'urgence doit s'apprécier tant en première instance qu'en instance d'appel à la date de la décision. Elle relève que **A.**) n'a plus vu l'enfant **E.**) depuis le début de juin 2003 à savoir 2 ans et demi. Elle fait valoir que dès lors l'urgence fait défaut et qu'il y a lieu de déclarer la demande irrecevable.

A.) demande à voir confirmer l'ordonnance de référé sur le point dont s'agit.

C'est à raison et par de justes motifs que la Cour adopte que le juge des référés a retenu qu'il était satisfait à la condition d'application susvisée de l'article 932 alinéa 1^{er} du nouveau code de procédure civile.

L'argumentation de **B.)** que la condition de l'urgence ferait défaut parce que **A.)** n'a pas vu l'enfant depuis 2 ans et demi n'est pas pertinente. En effet, dans ce genre d'affaire l'urgence est toujours donnée. D'autre part, **A.)**, après la rupture de sa relation avec **B.)** en février 2003, a tout de suite réagi en lançant une assignation en référé le 12 juin 2003 qui, en raison d'une mesure d'instruction ordonnée et d'un renvoi devant le tribunal de la jeunesse, n'a abouti qu'à ce jour devant la juridiction du second degré.

L'ordonnance entreprise est à confirmer par rapport à la condition d'urgence par adoption des motifs y énoncés.

B.) fait valoir en second lieu que la condition d'application de l'article 932 alinéa 1^{er} constituée par l'exigence de l'absence de contestation sérieuse ne serait pas donnée en l'espèce de sorte que le juge des référés aurait dû se dire sans pouvoir pour statuer sur la mesure sollicitée de lui par **A.)**.

Elle fait valoir à ce sujet qu'il y aurait en effet en l'espèce contestation sérieuse de la demande de **A.)** étant donné que celle-ci serait sans droit de vouloir exercer un droit de visite et d'hébergement à l'égard de l'enfant **E.)** et qu'il y aurait lieu de dire que cette absence de droit, contestée par **A.)**, vaut contestation sérieuse.

L'intimée **A.)** demande à voir écarter cette contestation de sa demande comme non sérieuse en faisant valoir qu'il existait une relation amoureuse entre elle et la partie **B.)**, qu'elle et sa partenaire avaient convenu d'avoir un enfant qui a été ensuite procréé par **B.)** et le frère de **A.)** de sorte qu'elle doit être considérée comme « parent » de l'enfant en raison de ces circonstances exceptionnelles.

Aux termes de l'article 374 du code civil, les père et mère ne peuvent, sans motifs graves, faire obstacle aux relations personnelles de l'enfant avec ses grands-parents et, à défaut d'accord entre les parties, les modalités de ces relations sont réglées par le tribunal.

Dans son alinéa 2 la disposition légale prévoit qu'en considération de situations exceptionnelles le tribunal peut accorder un droit de correspondance ou de visite à d'autres personnes, parents ou non.

C'est à raison que le juge des référés a retenu qu'il appartient aux personnes qui souhaitaient entretenir des relations personnelles avec

l'enfant de faire la preuve de cette « situation exceptionnelle » justifiant leur demande.

Il résulte de l'exposé des faits que **B.)** a rencontré **A.)** au courant de l'été 1993. De la relation d'amitié qui s'est établie entre les deux personnes est née une relation amoureuse qui d'après les dires de **B.)** s'est éteinte avant la naissance de **E.)**, le (...).

A.), par contre, soutient qu'il n'y a eu rupture avec **B.)** qu'en l'année 2003 lorsque l'enfant était déjà âgé de 5 ans.

Pour éclaircir ces contradictions et pour analyser si **A.)** est à considérer comme parent vis-à-vis de l'enfant il y a lieu de se référer à une série de lettres adressées par **B.)** à **A.)** ainsi qu'à des attestations testimoniales versées en cause.

Il est établi par les lettres dont dispose la Cour que la relation amoureuse entre les deux personnes qui existait avant la naissance de l'enfant a continué à perdurer après que **E.)** avait vu le jour le (...).

Aux termes d'un billet non daté écrit par **B.)** à l'adresse de **A.)**, **B.)** a fait des propositions de noms à donner à l'enfant et demande l'avis sur le choix à faire à **A.)**. A cette même occasion **B.)** parle de « notre fils ». Ce billet a été forcément écrit par **B.)** avant la naissance de **E.)**.

Le 7 avril 1999, un an et demi après la naissance de l'enfant, **B.)** a écrit une lettre à **A.)** intitulé « Mon **A.)** » aux termes de laquelle elle explique qu'elle a voulu cet enfant « pour nous ».

Le 19 janvier 2000, à savoir un peu plus de 2 ans après la naissance, **B.)**, dans une missive à **A.)**, fait état de « notre petite famille ».

Ces lettres expriment clairement et de façon non équivoque que la liaison entre les deux femmes existait non seulement avant la naissance de l'enfant, mais continuait à perdurer encore des années après la venue au monde de **E.)**.

Moyennant ces lettres l'affirmation de **B.)** qu'il y a eu rupture de la relation amoureuse avec **A.)** avant la naissance de l'enfant est définitivement écartée.

Que **B.)** a considéré **A.)** comme un « parent » vis-à-vis de **E.)** est encore établi par les termes employés par **B.)** dans ses courriers. Ainsi, elle qualifie l'enfant comme « notre fils », elle parle de « notre petite famille », termes qui expriment en outre l'intention de **B.)** d'élever l'enfant ensemble avec

A.). Le courrier du 19 juillet 2000 envoyé par B.) à A.) souligne encore une fois que B.) voyait en A.) un parent de l'enfant. En effet, dans ce courrier elle informait A.) qu'elle envisageait d'enregistrer le 10 août 2000 auprès d'un notaire un acte de consentement à l'adoption de l'enfant par A.).

Il ressort encore des autres éléments du dossier et notamment des attestations testimoniales que A.) a pris en charge l'enfant lorsque la mère poursuivait ses études. Elle le conduisait en outre à la crèche et allait le reprendre lorsque la mère commençait à travailler. Les témoins sont unanimes à dire que la relation entre l'enfant et A.) était chaleureuse, imprégnée d'amour, de complicité et d'affection réciproque.

En considération des développements qui précèdent, A.) a rapporté la preuve de la « situation exceptionnelle » dans son chef en vertu de laquelle le principe d'un droit de visite peut être retenu en sa faveur.

Toutefois, il est établi que les relations entre les deux femmes sont très tendues depuis leur séparation et il est en outre établi que depuis février 2003 la mère n'a plus permis de contact entre l'enfant et A.).

C'est dès lors à juste titre, en présence de cette situation, que le juge des référés a ordonné une enquête sociale aux fins de recueillir des renseignements lui permettant de prendre une décision appropriée à l'intérêt de l'enfant.

Il s'ensuit que l'appel interjeté par B.) le 19 mai 2005 contre l'ordonnance du 18 juillet 2003 est à déclarer non fondé et que l'ordonnance entreprise est à confirmer.

L'enquête sociale fait apparaître que A.) s'est occupé beaucoup de E.). La responsable de la crèche « (...) », qui a vu A.) lorsqu'elle est venue récupérer l'enfant, a décrit la relation entre A.) et l'enfant comme bonne et affectueuse. Les responsables du Lycée (...) se sont exprimés dans le même sens en qualifiant les relations entre l'enfant et A.) comme liens très positifs. S'il est vrai qu'il existait une relation d'affection et de complicité entre A.) et E.) durant la vie commune du couple A.)-B.), l'enfant, après la rupture, souffrait lorsqu'il était confronté à la possibilité de voir A.). Ainsi, il résulte de l'enquête sociale que l'origine de ces troubles résidait dans le fait que l'enfant avait assisté à des altercations entre les deux adultes et qu'il avait peur que A.) ferait du mal à sa mère.

L'enquête sociale ayant été déposée en juin 2004, il faut, pour prendre une décision qui tient compte de l'unique intérêt de l'enfant, se référer aux courriers du pédo-psychiatre qui traitait l'enfant et au rapport de l'avocat de l'enfant du 21 juin 2005. Il ressort du courrier du 14 janvier 2004 émanant

du Docteur F.-D., chez lequel l'enfant est en traitement depuis février 2003, que E.) a recommencé à faire des cauchemars lorsqu'il se croyait obligé de revoir A.).

Selon l'avocat de l'enfant, entendu à l'audience, dont le dernier entretien avec E.) remonte au 27 mai 2005, l'enfant a retrouvé sa place de petit garçon, il ne se voit plus au milieu du conflit des adultes et a pu disposer du temps nécessaire pour digérer son passé. L'avocat précise que l'aide du Dr. F. a été d'une grande importance mais aussi le fait que A.) n'a plus essayé de revoir l'enfant.

Depuis que le contact entre A.) et E.) est totalement coupé, le garçon selon les dires de son avocat a retrouvé l'équilibre et la sérénité. Le docteur F. s'exprime dans le même sens en relevant que depuis février 2003 l'évolution de E.) a été extrêmement favorable. Il précise que l'enfant s'est épanoui et se sent de moins en moins angoissé. La survenue de quelques épisodes d'angoisses au cours de cette période était liée à des rencontres « forcées » (à l'école) avec A.).

Dans l'intérêt de l'enfant, intérêt qui prime tout et qui est le seul à respecter, il y a lieu de débouter, au vu des considérations qui précèdent, par voie de réformation, A.) de sa demande tendant à l'octroi d'un droit de visite envers E.).

L'appel dirigé contre l'ordonnance du 4 octobre 2004 est dès lors à déclarer fondé et l'ordonnance est à réformer dans le sens décrit ci-dessus.

Par ces motifs,

la Cour d'appel, septième chambre, siégeant en matière d'appel de référé, statuant contradictoirement, le Ministère Public entendu en ses conclusions,

reçoit l'appel de B.) du 19 mai 2005 contre l'ordonnance du 18 juillet 2003, ainsi que celui dirigé par A.) le 2 décembre 2004 contre l'ordonnance du 4 octobre 2004 ;

joint les 2 affaires ;

dit l'appel de B.) du 19 mai 2005 contre l'ordonnance du 18 juillet 2003 non fondé ;

confirme cette ordonnance ;

dit l'appel de A.) du 2 décembre 2004 contre l'ordonnance du 4 octobre 2004 fondé ;

réformant :

se déclare compétente pour connaître de la demande de A.) ;

déboute A.) de sa demande en obtention d'un droit de visite et d'hébergement ;

condamne A.) aux frais des deux instances.