

Arrêt référé

Audience publique du 15 janvier deux mille quatorze

Numéro 40271 du rôle.

Composition:

Pierre CALMES, premier conseiller, président;
Marie-Laure MEYER, conseiller;
Marie MACKEL, conseiller;
Daniel SCHROEDER, greffier.

E n t r e :

V),

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Martine LISE de Luxembourg en date du 12 août 2013,

comparant par Maître Gaston VOGEL, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg ;

e t :

1. M),

intimée aux fins du susdit exploit LISE du 12 août 2013,

comparant par Maître Laurent METZLER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg ;

2. A),

intimé aux fins du susdit exploit LISE du 12 août 2013,

comparant par Maître Anne-Marie SCHMIT, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR DAPPEL :

Par exploit d'huissier du 12 août 2013, V) a régulièrement relevé appel d'une ordonnance de référé rendue en date du 19 juillet 2013, aux termes de laquelle le juge des référés a déclaré irrecevable sa demande, basée sur l'article 374 du code civil, et tendant à se voir accorder un droit de visite et d'hébergement sur l'enfant X), née le 8 juillet 2008, (dont il est le beau père), ce droit devant s'exercer en même temps que celui qu'il exerce sur l'enfant Y) (dont il est le père biologique) selon l'ordonnance de référé n° 426/2012 du 14 septembre 2012.

L'appelant demande à ce que, par réformation de l'ordonnance entreprise, sa demande soit déclarée recevable et fondée.

A l'appui de son appel, V) déclare qu'entre 2006 et le 4 juillet 2012, il a vécu en concubinage, puis en union maritale, avec l'intimée M) et qu'il l'a accompagnée et épaulée lors de ses démarches visant à l'insémination artificielle débouchant sur la naissance de X).

Il a assisté à la naissance de X) et il a coupé le cordon ombilical.

A) a reconnu l'enfant X) par acte notarié du 16 septembre 2008 comme étant son enfant, et par déclaration conjointe devant le juge des tutelles, en date du 17 octobre 2008, les parents biologiques ont déclaré vouloir donner à l'enfant XM) le nom de A).

Le couple V) – M), qui s'est marié le 15 août 2009, s'est installé, après la naissance de X), à Anvers jusqu'en 2011. Leur fils Y) est né le 22 septembre 2010 et les deux enfants ont été baptisés ensemble, hors la présence de A).

L'appelant soutient qu'à partir du 21 mars 2013, il s'est vu interdire tout contact avec X).

Lors des débats V) a informé la Cour qu'il renonce à demander à ce que les trajets aller-retour jusqu'à son domicile soient assurés une fois sur deux par les intimés.

M), la mère de l'enfant, et A), le père biologique, s'opposent formellement à tout droit de visite et d'hébergement au profit d'V) et concluent à la confirmation de l'ordonnance entreprise. Ils soulèvent l'absence de base légale pour accorder à V) tant un droit de visite, qu'un droit d'hébergement.

L'intimée M) soulève que l'appelant n'aurait jamais manifesté un grand intérêt pour X). Elle conteste énergiquement qu'il s'est occupé de l'enfant et elle soutient que le père biologique, avec lequel elle est dans les meilleurs termes et qui est associé dans son commerce, aurait régulièrement exercé son droit de visite. L'intimée donne encore à considérer que le droit de visite et d'hébergement, qui a été exercé par V), après leur séparation, aurait perturbé grandement l'enfant. L'intimée verse des attestations testimoniales à l'appui de sa version des faits.

A) conclut aussi au rejet de la demande d'V) et à la confirmation de l'ordonnance entreprise en faisant valoir que cette demande ne constituerait qu'une revanche, voire un acte malicieux envers lui et M). L'appelant ne se serait jamais vraiment intéressé à X). L'intimé déclare que pendant la première année de X), elle serait restée avec sa mère à Mersch, ce qui aurait permis au père biologique « de voir sa fille quotidiennement et de nouer des liens profonds avec elle ».

L'article 374 alinéa 2 du code civil dispose que « en considération de situations exceptionnelles, le tribunal peut accorder un droit de correspondance ou de visite à d'autres personnes, parents ou non ».

Le premier juge a, à bon droit, retenu que l'action basée sur l'article 374 du code civil, est une action purement personnelle relevant de la compétence du tribunal et que c'est seulement en cas d'urgence, de dommage imminent ou de trouble manifestement illicite que le juge des référés est compétent pour régler l'exercice des droits résultant de cet article.

C'est encore à bon droit, et pour les motifs que la Cour adopte, que le premier juge a ensuite déclaré irrecevable la demande d'V) en obtention d'un droit d'hébergement pour ne pas être prévu par l'article 374 alinéa 2 du code civil.

En effet, et contrairement à ce que soutient l'appelant, le droit d'hébergement n'est pas compris dans le droit de visite. L'article 374 alinéa

2 est, au vu des termes employés (cf. « situations exceptionnelles »), d'interprétation stricte, et l'on ne saurait étendre le droit de visite à un droit d'hébergement.

La jurisprudence citée par l'appelant (cf. cass. civ. 1^{er} 5 mai 1984) n'est tout d'abord pas transposable au cas d'espèce et ensuite ne dit pas ce que l'appelant lui entend faire dire. Cet arrêt constate que le droit d'hébergement constitue une modalité du droit de visite. On ne saurait cependant déduire de ce constat que tout droit de visite comporte un droit d'hébergement.

L'ordonnance est à confirmer et l'appel n'est partant pas fondé sur ce point.

Le premier juge a encore, après avoir rappelé que la demande en obtention d'un droit de visite est recevable à condition qu'il y ait urgence, constaté que celle-ci n'existe pas en l'espèce.

Après avoir dit que la demande d'un droit de visite émanant des grands-parents est toujours urgente en raison de l'intérêt supérieur de l'enfant, le premier juge a décidé que ce raisonnement, même en admettant que de liens d'affection se soient tissés entre X) et V), ne saurait être étendu au cas d'espèce où la demande émane d'un tiers.

Ce raisonnement ne saurait être suivi par la Cour. Il n'est en effet pas contesté que l'appelant et X) étaient en contact régulier ; qu'ils cohabitaient pendant plus de la moitié de la vie de la petite fille ; que l'appelant a occupé une place dans la vie de l'enfant et qu'il s'était vu accorder - par les parents biologiques - un droit de visite et d'hébergement jusqu'au 21 mars 2013.

L'appelant qui expose qu'il a été mis fin à cette situation, sans rime ni raison, a donc prouvé à suffisance de droit l'état d'urgence pour y mettre fin le cas échéant et de se voir allouer un droit de visite.

L'urgence à voir rétablir le contact entre V) et l'enfant X) est donc constante.

Le premier juge a encore, tout en reconnaissant l'existence d'une cohabitation pendant deux, voire trois ans, dit que ce fait ne constitue pas une « situation exceptionnelle » telle que requise par l'article 374 du code civil, alors que « les circonstances de la vie commune sont loin d'être claires ».

Finalement, et en raison des relations conflictuelles existantes entre parties, le premier juge a estimé que l'exercice d'un droit de visite par V) ne serait pas dans l'intérêt de l'enfant.

Les parties s'accordent pour dire que la convention internationale des droits de l'enfant, adoptée par l'ONU le 20 novembre 1989, dite convention de New York, est applicable en l'espèce.

Cette convention a introduit le concept de « l'intérêt supérieur de l'enfant » qui consacre l'enfant comme « sujet de droit ». Cet intérêt doit être une considération primordiale dans toutes les décisions concernant l'enfant.

Les intimés font valoir que cette convention ne parle que des parents (de l'enfant), mais non pas de tiers. Ils citent à ce titre les articles 3, 5, 7 et 18 et soulignent qu'aucun article ne consacre le droit à un tiers pour avoir un droit de visite.

Il y a lieu de rappeler que contrairement aux plaidoiries des parties, il n'y a pas lieu, en l'espèce, de trancher qui d'V) et de A) est le « meilleur » père ou qui des deux personnes est le plus apte à remplir ce rôle.

Il s'agit uniquement d'apprécier s'il est dans l'intérêt supérieur de X) d'accorder à V) un droit de visite et, dans l'affirmative, il appartient à l'appelant de rapporter, en application des dispositions de l'article 374 alinéa 2 du code civil, la preuve de l'existence d'une « situation exceptionnelle ».

Or, il ressort des pièces versées par l'appelant que ce dernier a manifestement joué un rôle prépondérant dans la vie de l'enfant X) et ce dès avant la naissance. L'explication qu'il n'aurait accompagné sa compagne à ses examens prénataux, auprès de son gynécologue, uniquement parce que M) n'aurait pas disposé d'un permis de conduire, n'emporte pas la conviction de la Cour. V) était présent lors de la naissance, a coupé le cordon ombilical et s'est occupé de manière régulière de l'enfant. Il a pourvu à ses besoins tant alimentaires, affectifs que financiers.

Il échet d'ailleurs de relever que dès avant la naissance de l'enfant, les parents biologiques n'ont plus cohabité ; ils sont donc mal placés pour dire que l'absence de cohabitation exclut tout droit de visite et d'hébergement ultérieur.

Même si la cohabitation est en principe une condition décisive de l'effectivité du lien « familial » (cf. CEDH, 13 juin 1979 *Marckx c/Belgique*), d'autres facteurs peuvent permettre de retenir l'existence d'une relation de facto. En l'absence de lien de parenté, l'existence d'une vie familiale peut être fondée sur le critère de l'effectivité de la relation.

L'absence de cohabitation permanente et continue entre M) et V) n'est d'ailleurs pas déterminante alors qu'il ressort des éléments du dossier qu'ils ont cohabité tant au Luxembourg, qu'à Anvers. Ce qui importe davantage c'est que le couple avait un projet sérieux de vie commune qui s'est concrétisé par leur mariage et leur l'engagement d'avoir un enfant commun. X) a été pleinement insérée dans cette vie familiale, à tel point qu'elle a considéré V) comme son père et que d'ailleurs LV), fille de l'appelant et marraine de X), a toujours considéré que son père était également le père biologique de X). Il existait donc entre X), son demi-frère Y), sa mère Michala et V) une vie familiale effective.

Il y a partant lieu d'entériner le choix que les trois adultes M) et V) ont fait dès avant la naissance de X) et de reconnaître l'existence d'une communauté domestique entre M) et V), créée dans le cadre d'une structure familiale découlant des relations familiales émergentes dite de famille recomposée.

V) a assumé son rôle de « père » sinon du moins de parent référant de X) ; il s'est comporté à tous égards comme son « père ».

D'ailleurs, pendant la période du 8 juillet 2008 jusqu'au 21 mars 2013, tant la mère que le père biologiques étaient d'accord pour accorder à V) ce rôle. Il y a lieu de souligner que même après l'introduction de la demande en divorce, M) (et A)) étaient d'accord à ce que X) accompagne son petit frère Y) à Anvers, lors des premiers exercices de droit de visite et d'hébergement.

Il est dans l'intérêt supérieur de l'enfant X) de respecter l'attachement affectif qui s'est créé entre elle et son beau-père V) et d'accorder partant à ce dernier un droit de visite.

Quant aux modalités de l'exercice de ce droit, il y a lieu de tenir compte du fait que le père biologique dispose d'un droit de visite et d'hébergement « large » qui s'exerce selon la convenance des parties (cf. jugement tutelles mineures du 10 juillet 2013). Les intimés ont exposé que ce droit de visite s'exerce en pratique chaque deuxième weekend. L'enfant passe donc actuellement un weekend sur deux chez sa mère respectivement son père biologique.

Comme l'appelant n'a pas contesté qu'il travaille toujours au Luxembourg, et comme il n'est manifestement pas dans l'intérêt de X), âgée actuellement de 5 ans et demi, de devoir faire de long trajets aller-retour entre le Luxembourg et Anvers, le droit de visite s'exercera au Luxembourg chaque deuxième samedi de 10.00 heures à 18.00 heures, ceci dans l'intérêt exclusif de X).

V) réclame pour l'instance d'appel une indemnité de procédure de 1.000.- euros. Comme il n'a cependant pas justifié de la condition de l'iniquité posée par l'article 240 du nouveau code de procédure civile, sa demande requiert un rejet.

A) a, en faisant valoir que l'appel était voué à l'échec, conclu à la condamnation de l'appelant à lui payer une indemnité de procédure de 2.500.- euros pour l'instance d'appel.

Au vu de l'issue du litige, cette demande est à déclarer non fondée.

La procédure de distraction des frais n'est pas prévue en matière de référé.

PAR CES MOTIFS :

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

déclare l'acte d'appel recevable ;

le dit fondé;

réformant l'ordonnance de référé du 19 juillet 2013,

dit la demande en obtention d'un droit de visite recevable ;

la dit fondée ;

accorde à V) un droit de visite, à exercer au Luxembourg, chaque deuxième samedi de 10.00 heures à 18.00 heures, à charge pour lui de venir chercher et de ramener X) auprès de sa mère ;

confirme pour le surplus ;

rejette les demandes basées sur l'article 240 du nouveau code de procédure civile ;

fait masse des frais et dépens des deux instances et les impose pour moitié à M) et pour moitié à A) ;

dit qu'il n'y a pas lieu à distraction des frais et dépens.