**Arrêt N° 118/19 - I – CIV (aff.fam.)**

**Arrêt civil**

**Audience publique du douze juin deux mille dix-neuf**

Numéro CAL-2019-00440 du rôle

rendu par la première chambre de la Cour d'appel, siégeant en matière civile, dans la cause

**E n t r e :**

**A,** née le (…) en Biélorussie à Vitebsk, demeurant à L-(…)

appelante aux termes d'une requête d'appel déposée au greffe de la Cour d'appel le 3 mai 2019,

représentée par Maître Nadia JANAKOVIC, en remplacement de Maître Nicolas BANNASCH, avocats à la Cour, demeurant à Luxembourg,

**e t :**

**B,** né le (…) en France à Clermont Ferrand, demeurant à L-(…),

intimé aux fins de la prédite requête d'appel,

représenté par Maître Michel VALLET, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

**----------**

**L A C O U R D ' A P P E L :**

Statuant sur une requête déposée le 10 décembre 2018 au greffe du juge aux affaires familiales près du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg par A dirigée contre B tendant à la condamnation de celui-ci à lui payer à partir du 1er novembre 2013 une contribution mensuelle à l'entretien et à l'éducation des fils communs mineurs de 500 euros par enfant, ainsi qu'une indemnité de procédure de 1.000 euros et sur la demande reconventionnelle de B tendant à être déchargé du paiement d'une contribution mensuelle à l'entretien et à l'éducation de l'enfant C dont il serait sur le point d'obtenir la garde et à voir réduire à 250 euros sa contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant Louis à partir du 14 mars 2019, le juge aux affaires familiales, dans son jugement du 28 mars 2019, a dit la demande de A recevable, mais non fondée, pour la période

allant du 1er novembre 2013 au 31 décembre 2015, a dit la demande recevable et fondée pour la période allant du 1er janvier 2016 au 14 mars 2019, a condamné B à payer pour cette période une contribution mensuelle à l'entretien et à l'éducation de chacun des enfants communs de 500 euros, allocations familiales non comprises, a dit que B était redevable de ce chef d'un montant de 38.451,61 euros, a dit la demande reconventionnelle de B en réduction de sa contribution mensuelle à l'entretien et à l'éducation des enfants communs recevable et partiellement fondée avec effet au 14 mars 2019, a condamné B à payer à A à partir de cette date une contribution mensuelle de 350 euros, allocations familiales non comprises, à l'entretien et à l'éducation de chacun des fils communs, contribution 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, a dit que B était tenu au paiement des frais de scolarité des enfants communs, a rejeté la demande de A en obtention d'une indemnité de procédure et a ordonné l'exécution provisoire de sa décision, ainsi qu'un partage des frais de justice par moitié.

Pour statuer ainsi, le juge aux affaires familiales a constaté que B et A ont deux enfants communs, C, né le 3 février 2003, et D, né le 8 juillet 2004, que le divorce par consentement mutuel des parties a été prononcé le 1er juillet 2014 et que dans la convention de divorce du 17 octobre 2013, les parties avaient attribué la garde des fils à la mère et le père s'était engagé au paiement d'une contribution mensuelle à l'éducation et à l'entretien des enfants communs de 500 euros par enfant, ainsi que de l'entièreté des frais de scolarité des enfants.

Sur cette base et en ce qui concerne la période du 1er novembre 2013 au 31 décembre 2015, le juge de première instance a décidé que la prise en charge par B d'une partie du loyer de A valait contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants communs et que la demande de la mère était à déclarer non fondée pour la période antérieure au 1 er janvier 2016.

Pour la période du 1er janvier 2016 au 14 mars 2019, le juge aux affaires familiales a retenu que le père n'établissait pas avoir été déchargé par la mère du paiement de sa contribution à l'entretien et à l'éducation des fils communs.

En ce qui concerne la période postérieure au 14 mars 2019, le juge du premier degré a constaté qu'il n'était pas établi que B s'était vu transférer la garde de l'enfant C. Il a, sur base des dispositions des articles 372-2 et 376-2 du Code civil et au vu de la prise en charge des frais de scolarité des enfants par le père, de l'absence de revenu professionnel du père lors du divorce des parties, de l'amélioration de la situation financière de la mère et des besoins des mineurs, en partie couverts par les allocations familiales touchées par la mère, réduit la contribution de B à l'entretien et à l'éducation des enfants communs au montant mensuel de 350 euros par enfant.

De ce jugement A a régulièrement interjeté appel suivant requête déposée au greffe de la Cour le 3 mai 2019.

L'appelante demande, par réformation, à la Cour de dire sa demande en paiement des arriérés du secours alimentaire conventionnellement fixé

fondée pour la période allant du 1er novembre 2013 au 31 décembre 2015, à entendre dire non fondée la demande de B en réduction des pensions alimentaires pour les enfants communs à partir du 14 mars 2019, à entendre condamner B à lui payer les pensions alimentaires pour les enfants mineurs de 500 euros par mois à partir du 1er novembre 2013, valeur indice 775,17, et à entendre condamner B à lui payer une indemnité de procédure de 1.000 euros, ainsi que les frais et dépens de l'instance.

A l'appui de son recours, A fait valoir, en ce qui concerne la période du 1er novembre 2013 au 31 décembre 2015, qu'il n'est pas prouvé que B ait payé la somme de 51.101,03 euros à titre de loyers du logement qu'elle occupait avec les enfants et que le juge de première instance a opéré un renversement de la charge de la preuve à cet égard, que ni la convention de divorce, ni le jugement de divorce ne prévoient le paiement d'une partie du loyer en guise de contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants communs, que les dispositions de l'article 1216 du Code civil ne sont pas applicables en l'espèce et que toute compensation entre dettes autres que des dettes alimentaires est interdite. Elle critique finalement le juge du premier degré pour avoir omis d'appliquer l'indice du coût de la vie aux pensions alimentaires dont condamnation est prononcée.

Quant à la période postérieure au 14 mars 2019, l'appelante relève que B a invoqué une dégradation de sa propre situation financière aux fins de voir réduire les secours alimentaires conventionnellement fixés. Dans la mesure où B n'établirait pas ses revenus, il appartiendrait à la Cour de prendre en considération un revenu théorique et de rejeter la demande en réduction de la contribution du père à l'entretien et à l'éducation des fils communs.

B interjette appel incident contre le jugement déféré et demande, par réformation, à être déchargé de son obligation de contribuer à l'entretien et à l'éducation de l'enfant commun C à partir du 15 mars 2019, date à partir de laquelle le droit de garde sur l'enfant en question lui a été provisoirement transféré. Il conclut encore à se voir décharger de la condamnation au paiement de la somme de 38.451,61 euros à titre de contribution à l'entretien et à l'éducation des fils communs mineurs pour la période du 1er janvier 2016 au 14 mars 2019 au motif qu'il a contribué à l'entretien et à l'éducation des enfants communs en payant les loyers de l'immeuble occupé par la mère avec les enfants.

*Appréciation de la Cour :*

Par ordonnance du 21 mai 2019, la Cour a délégué la présente affaire à un magistrat unique sur base de l'article 1007-10 du Nouveau Code de procédure civile.

Suivant convention de divorce par consentement mutuel signée le 17 octobre 2013 par A et B, la garde de leurs fils communs C, né le (…), et D, né le (…), a été confiée à la mère, les parties ont décidé d'exercer l'autorité parentale conjointement à l'égard de ceux-ci et B s'est engagé à contribuer à partir du 1er novembre 2013 à raison de 500 euros par mois et par enfant à l'entretien et à l'éducation de ceux-ci, cette pension étant stipulée

rattachée automatiquement à l'index, et à prendre en charge l'entièreté des frais de scolarité. Le divorce a été prononcé par jugement du 1er juillet 2014.

Dans la mesure où la convention du 17 octobre 2013 a été conclue avant l'entrée en vigueur de la loi du 27 juin 2018 instituant le juge aux affaires familiales, il convient de se référer à l'article 15 alinéa 2 de cette loi portant sur les *« dispositions transitoires »* et disposant que « *les décisions judiciaires ou accords conclus par les parties sous l'empire de la loi ancienne ne peuvent être remises en cause par l'application de la loi nouvelle, sans préjudice du droit des parties d'accomplir des actes et d'exercer des actions en conformité de la loi nouvelle si elles sont dans les conditions prévues par celle-ci* ».

La convention de divorce à la base de la demande de A n'ayant pas été homologuée par le tribunal ayant prononcé le divorce, A a, sur base du nouvel article 1007-1, 5° du Nouveau Code de procédure civile, saisi le juge aux affaires familiales de sa demande en condamnation de B à lui payer tant les arriérés que le terme courant des secours alimentaires conventionnellement fixés. Les accords conclus sous l'empire de la loi ancienne ne pouvant être remis en cause par l'application des dispositions de la loi nouvelle, il convient d'apprécier la demande de l'actuelle appelante au regard des principes dégagés par la jurisprudence établie sous l'empire de l'ancienne loi.

Dans la mesure où, en instance d'appel, B soutient avoir contribué en nature à l'entretien et à l'éducation des fils communs mineurs en payant le loyer du logement de la mère et des enfants pendant la période allant du 1er novembre 2013 au 14 mars 2019, il n'y a plus lieu que de distinguer deux périodes différentes.

1) La période allant du 1er novembre 2013 au 14 mars 2019 :

B ne remet pas en cause le montant des pensions alimentaires fixées par la convention de divorce par consentement mutuel, mais il soutient s'être libéré de sa dette.

Conformément aux conclusions de l'appelante, la charge de la preuve de la cause de libération alléguée par l'intimé incombe à celui-ci en vertu des dispositions de l'article 1315 du Code civil.

Or, même à supposer que, tel qu'il le soutient, le père ait payé les loyers du logement occupé par la mère avec les enfants après la séparation du couple des parents, il ne se dégage d'aucun élément de preuve que les parties aient convenu que ces paiements constituent l'exécution en nature par le père de son obligation alimentaire à l'égard des enfants communs mineurs, contrairement à ce qui avait été expressément stipulé dans la convention de divorce par consentement mutuel d'octobre 2013.

L'appelante relève encore, à juste titre, que l'éventuel paiement par B en qualité de co-débiteur solidaire d'une partie des loyers de l'ancien logement commun après son départ, est susceptible de générer une créance dans le chef de celui-ci à son égard, mais que cette créance ne saurait être compensée avec la dette d'aliments pour l'entretien et l'éducation des enfants communs.

L'article 1293, 3° dispose, en effet, que la compensation a lieu, quelles que soient les causes de l'une ou l'autre des dettes, excepté dans le cas d'une dette qui a pour cause des aliments déclarés insaisissables. Ainsi, une créance alimentaire n'est pas susceptible de compensation à moins que la créance avec laquelle elle est à compenser présente aussi une nature alimentaire (Cour 6 avril 1993, Pas. 29, p. 238).

La créance invoquée par B en remboursement de la dette payée dans l'intérêt du co-débiteur solidaire constituant une créance non alimentaire, cette créance ne saurait être compensée avec la dette alimentaire de celui-ci à l'égard des enfants communs mineurs.

Il en découle que l'appel principal est fondé, que l'appel incident ne l'est pas et qu'il y a lieu, par réformation du jugement entrepris, de condamner B à payer à A la somme mensuelle de 500 euros, indice 775,17, à titre de contribution à l'entretien et à l'éducation de chacun des fils communs à partir du 1er novembre 2013, jusqu'au 14 mars 2019 inclusivement.

2) La période postérieure au 14 mars 2019 :

Suivant jugement rendu le 15 mars 2019 par le Tribunal de la jeunesse, B s'est vu attribuer à titre provisoire la « garde » de l'enfant C qui, à cette époque vivait déjà auprès de lui, et un droit de visite et d'hébergement provisoire a été accordé à la mère chaque deuxième semaine du jeudi soir au lundi matin, ainsi que pendant la moitié des vacances scolaires.

C'est donc à juste titre que le père conclut à être déchargé de la condamnation au paiement d'une contribution mensuelle à l'entretien et à l'éducation du fils commun C à partir du 15 mars 2019.

L'appel incident est fondé de ce chef et, par réformation du jugement entrepris, B est à décharger de son obligation de payer une contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant C à partir du 15 mars 2019.

En ce qui concerne la contribution du père à l'entretien et à l'éducation de l'enfant D, il est de principe que les conventions des parents relatives à l'entretien et l'éducation des enfants communs ne sont pas immuables, qu'elles peuvent toujours être modifiées, en cas de changement important des conditions ayant existé lors de l'accord des parents, par le juge qui tient compte de la convention des parties, des besoins des enfants et des ressources respectives des parties (Cass. 6 mai 2010, n° 34 / 10, n° 2743 du registre).

Il appartient ainsi au débiteur d'aliments qui entend voir modifier par le juge sa contribution à l'entretien et l'éducation des enfants, telle que convenue entre parties, d'établir les circonstances graves justifiant son impossibilité de maintenir ce qui avait été convenu, avant que le juge ne puisse procéder à une analyse des capacités financières des deux parties (Cass. 28 février 2013, n° 13 / 13, n° 3138 du registre).

Aux fins de justifier sa demande en réduction du secours alimentaire conventionnellement fixé, B fait exposer qu'il ne s'est jamais adonné à un travail salarié, mais qu'il détenait deux sociétés dont l'une a été déclarée en état de faillite. Il vivrait actuellement de mandats de gérant de sociétés et

ne disposerait pas non plus de revenus réguliers, de sorte que la Cour devrait admettre que sa situation financière se serait dégradée.

A l'appui de son argumentation, il verse un certificat émis le 28 février 2019 par le Centre Commun de la Sécurité Sociale dont il se dégage que sa dernière affiliation date de 2013 et qu'elle portait sur une période de 5 mois seulement.

A conteste que B ait été sans ressources au moment de l'établissement de la convention de divorce par consentement mutuel le 17 octobre 2013 et qu'il le soit actuellement.

Dans la mesure où B, bien que n'ayant été affilié au Centre Commun de la Sécurité Sociale que pendant 5 mois en 2013, s'est engagé à payer une contribution à l'entretien et à l'éducation de chacun des fils communs de 500 euros par mois, il convient de retenir, tel qu'il le soutient actuellement, que ses revenus tirés de son activité de gérant de sociétés lui permettaient de prendre un tel engagement.

L'intimé reste en défaut de spécifier tant la nature que le quantum de ses revenus actuels qu'il prétend toujours tirer de l'activité de gérant de société. Il n'identifie pas non plus la société qui serait tombée en état de faillite, de sorte qu'il ne prouve pas que sa situation financière se soit dégradée, ni dans quelle mesure, ni que la dégradation invoquée soit indépendante de sa volonté, conditions pourtant requises pour rendre recevable une demande en diminution d'une pension alimentaire conventionnellement fixée.

Il en découle que, sans qu'il n'y ait lieu d'approfondir l'analyse des situations financières des parties respectives, l'appel principal est fondé et que la demande de B en réduction de la pension alimentaire conventionnelle pour l'enfant Louis est à dire irrecevable.

B doit partant être condamné à continuer à payer à A une contribution mensuelle à l'entretien et à l'éducation de l'enfant commun Louis de 500 euros, indice 775,17.

Succombant dans une partie de ses prétentions, A n'établit pas l'iniquité requise par l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile, de sorte que sa demande introduite sur cette base n'est pas fondée.

Pour cette même raison, il convient d'instaurer un partage des frais de justice à raison de deux tiers à charge de B et d'un tiers à charge de A.

**Par ces motifs**

la Cour d'appel, première chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement,

vu l'article 1007-10 du Nouveau Code de procédure civile,

reçoit les appels principal et incident en la forme ;

les dit partiellement fondés ;

**par réformation :**

dit irrecevable la demande reconventionnelle de B en réduction de sa contribution mensuelle à l'entretien et à l'éducation de l'enfant D à partir du 14 mars 2019;

dit fondée la demande de A en paiement de la contribution mensuelle conventionnellement fixée à l'entretien et à l'éducation de l'enfant D à partir du 1er novembre 2013;

condamne B à payer à A à partir du 1er novembre 2013 une contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant commun D de 500 euros, indice 775,17, allocations familiales non comprises;

dit que cette contribution est payable et portable le 1er de chaque mois et pour la première fois le 1er novembre 2013 et qu'elle est à adapter de plein droit et sans mise en demeure préalable aux variations du nombre-indice du coût de la vie;

dit recevable et fondée la demande reconventionnelle de B en décharge de sa contribution mensuelle à l'entretien et à l'éducation de l'enfant commun C à partir du 15 mars 2019;

décharge B de son obligation de contribuer à l'entretien et à l'éducation de l'enfant commun C à partir du 15 mars 2019;

dit fondée la demande de A en paiement de la contribution mensuelle conventionnellement fixée à l'entretien et à l'éducation de l'enfant C à partir du 1er novembre 2013, jusqu'au 14 mars 2019 inclusivement ;

condamne B à payer à A à partir du 1er novembre 2013, jusqu'au 14 mars 2019 inclusivement une contribution mensuelle à l'entretien et à l'éducation de l'enfant commun C de 500 euros, indice 775,17, allocations familiales non comprises et à adapter de plein droit et sans mise en demeure préalable aux variations du nombre-indice du coût de la vie, à partir du 1er novembre 2013, jusqu'au 14 mars 2019 inclusivement;

**confirme** le jugement entrepris pour le surplus;

dit non fondée la demande de A en allocation d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel;

fait masse des frais et dépens des deux instances et les impose à raison d'un tiers à A et à raison de deux tiers à B.

Ainsi fait, jugé et prononcé à l'audience publique où étaient présentes:

Yannick DIDLINGER, conseiller, président,
Brigitte COLLING, greffier.