Arrêt N° 26/21 - I – CIV (aff.fam.)

Arrêt civil

Audience publique du trois février deux mille vingt-et-un

Numéro CAL-2020-00668 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 (…) au (…) à (…), demeurant à L-(…),

appelante aux termes d'une requête d'appel déposée au greffe de la Cour d'appel le 17 août 2020,

représentée par Maître Marie MALDAGUE, avocat, en remplacement de Maître Patrice Rudatinya MBONYUMUTWA, avocat à la Cour, les deux demeurant à Luxembourg,

e t :

B., né le (…) au (…) à (…), demeurant à L-(…),

intimé aux fins de la prédite requête d'appel,

représenté par Maître Jalle DURNA, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

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

Par jugement contradictoire du 17 juillet 2020 le juge aux affaires familiales près le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, s'est déclaré incompétent *ratione materiae* pour connaître de la demande d'A. à se voir remettre sous peine d'astreinte la clé de l'appartement sis à L-(…), la clé de l'immeuble, la clé de la cave et la machine à laver, dit irrecevable la demande d'A. en déguerpissement sous peine d'astreinte, dit non fondée la demande d'A. en exercice forcé sous peine d'astreinte du droit de visite et d'hébergement envers les enfants communs mineurs, fixé la contribution de B. à l'entretien et à l'éducation des enfants communs mineurs C., né le (…), et D., née le (…), avec effet au 1er août 2020, au montant mensuel de 240 euros par enfant, condamné B. à payer à A. le montant mensuel de 240 euros par enfant à titre

de contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants communs mineurs C. et D., avec effet au 1er août 2020, dit que ladite contribution est portable et payable le premier de chaque mois et qu'elle est à adapter de plein droit et sans mise en demeure préalable aux variations de l'échelle mobile des salaires, dit non fondée la demande de B. en allocation d'une indemnité de procédure, ordonné l'exécution provisoire dudit jugement, fait masse des frais et dépens de l'instance et les a imposés pour moitié à A. et pour moitié à B..

Par requête déposée au greffe de la Cour d'appel le 17 août 2020, A. a régulièrement relevé appel de ce jugement pour, par réformation, se voir attribuer le logement familial et pour entendre condamner B. à en déguerpir avec défense de venir la troubler sous peine d'astreinte de 500 euros par infraction constatée, condamner B. à remettre à l'appelante les clés de l'appartement, de l'immeuble et de la cave, ainsi que la machine à laver, sous peine d'astreinte de 50 euros par jour de retard, condamner B. à exercer le droit de visite et d'hébergement tel que défini dans le jugement du 23 janvier 2020 à partir du 1er jour du mois qui suivra « *le jugement à intervenir* » sous peine d'une astreinte de 25 euros par infraction constatée.

Suivant ordonnance du 5 novembre 2020, la Cour a délégué la présente affaire à un magistrat unique sur base de l'article 1007-10 du Nouveau Code procédure civile.

A l'audience, B. forme appel incident et il réitère son moyen de défense tiré de l'inexistence d'un élément nouveau par rapport au jugement du 23 janvier 2020 ayant fixé sa contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants communs mineurs C. et D., avec effet au jour de la future cessation de cohabitation entre les parties, aux montants de 125 euros par mois pour D. et de 175 euros par mois pour C., ce sur base d'un accord des parties trouvé lors de la première instance.

L'appel d'A. est recevable pour avoir été interjeté dans les forme et délai de la loi

- Quant à la demande en modification du jugement du 23 janvier 2020

Le juge aux affaires familiales a constaté que, durant l'instance de divorce ayant débouché sur les jugements n° 2019TALJAF/003414 du 23 décembre 2019 et n° 2020TALJAF/000274 du 23 janvier 2020, A. ne touchait aucun revenu et que depuis mars 2020, elle touche une aide versée par l'office social Nordstad à hauteur de 1.330 euros par mois, qu'elle a introduit une demande en vue de percevoir le REVIS et qu'elle paye seule un loyer de 1.150 euros par mois.

Le juge de première instance a encore retenu que l'intimé paie un loyer mensuel de 650 euros pour son nouveau logement, tandis qu'au début de l'instance de divorce, il payait le loyer relatif à l'appartement conjugal.

B. soutient que ces faits ne constituent pas d'éléments nouveaux compromettant la situation financière de l'appelante, étant donné qu'elle touche actuellement le REVIS qui lui permet dorénavant de payer seule le loyer de l'ancien domicile familial se chiffrant à 1.150 euros par mois pour lequel les deux parties ont signé un nouveau contrat de bail le 13 février 2020.

Il résulte des documents versés qu'A. touche un salaire mensuel variant entre 128 euros, 672 euros et 1.127 euros et une allocation d'inclusion mensuelle

nette s'élevant à 1.157,68 euros. Conformément aux documents établis dans le cadre d'une médiation en matière de surendettement, le revenu mensuel de B. est de 2.702 euros et ses dettes sont chiffrées à la somme de 36.111 euros.

Même si A. paie seule le loyer de l'appartement suite au départ de B. et que cette dépense locative n'est plus à charge de l'intimé, il résulte du jugement du 23 janvier 2020 que les contributions à l'entretien et à l'éducation des enfants y fixées ne sont dues qu'à partir du déguerpissement du débiteur d'aliments, de sorte que le montant des aliments tient forcément compte du fait que B. ne participe plus au paiement du loyer du logement familial et qu'il est censé supporter les frais de son relogement.

Les arguments développés par l'appelante en première instance disant que les parties s'étaient accordées sur des pensions alimentaires modiques en raison du fait que B. s'était engagé à soutenir matériellement l'appelante en contribuant en nature aux charges du ménage restent à l'état de pures allégations et ne sont d'ailleurs pas repris dans le jugement déféré, qui a gardé le silence sur les conditions financières des parties.

Eu égard au fait que les contributions à l'entretien et l'éduction des enfants ont été convenues entre parties suivant jugement du 23 décembre 2019 et entérinées par le jugement du 23 janvier 2020 à compter respectivement de « *la future résidence séparée des époux* » et de « *la future cessation de cohabitation entre parties* » et donc nécessairement en considération du paiement par chacune des parties des loyers de leurs logements respectifs, il y lieu de dire que lors du dépôt de sa demande en modification d'une décision antérieure la partie appelante n'a pas établi l'existence d'un élément nouveau, de sorte qu'il y a lieu à réformation du jugement déféré à ce titre, cette demande étant à déclarer irrecevable.

- Attribution du logement familial, déguerpissement, remise des clés et de la machine à laver.

Faute d'instance en divorce en cours, le juge aux affaires familiales a dit la demande d'A. en déguerpissement de B. irrecevable. Quant aux demandes de l'appelante en remise des clés et de la machine à laver le juge aux affaires familiales s'est déclaré incompétent *ratione materiae* pour en connaître.

B. conclut à la confirmation du jugement à ce titre en relevant que suivant certificat de résidence du 3 juin 2020, il n'habite plus dans l'ancien appartement familial. Il soutient qu'il a résilié le bail de cet appartement en sa qualité de co-locataire et qu'il a remis les clés à l'étude Wies.

A l'audience devant la Cour d'appel, A. renonce à sa demande relative à la remise de la machine à laver.

Devant la Cour, la partie appelante base ses demandes en attribution du logement familial, en déguerpissement de la partie adverse et en remise des clés sur l'article 1007-1, (4°) du Nouveau Code de procédure civile disant que le juge aux affaires familiales connaît des conséquences du divorce.

En vertu de la prédite disposition légale et des articles 1007-36 et suivants du Nouveau Code de procédure civile, le juge aux affaires familiales est compétent pour connaître du partage et de la liquidation des régimes matrimoniaux. Les demandes en litige ne concernent pas le partage de biens communs des parties.

Ce n'est que dans le cadre des mesures provisoires prévues aux articles 1007-45 et suivants du Nouveau Code de procédure civile que le juge aux affaires familiales est compétent pour ordonner éventuellement la résidence séparée des parties pendant la procédure de divorce et partant le déguerpissement d'un d'eux du logement familial et éventuellement la remise des clés dudit logement sous peine d'astreinte. Or en l'espèce, l'instance en divorce entre les parties n'est plus pendante.

L'attribution par le juge aux affaires familiales de la jouissance du logement familial est encore envisagée par l'article 253 du Code civil, si ce logement constitue un bien commun des parties ou un propre de l'un d'eux.

En l'occurrence, le logement familial est cependant un appartement pris en location. Il y a donc lieu de confirmer le jugement de première instance en ce qu'il a déclaré irrecevable la demande en déguerpissement de la partie appelante.

Quant à la remise des clés du logement, le jugement de première instance est à réformer, le juge aux affaires familiales étant compétent pour connaître de la demande y relative, cette mesure n'étant que l'exécution du déguerpissement dont il peut connaître à titre de mesure provisoire. Mais tout comme la demande en déguerpissement, la demande en remise des clés est à déclarer irrecevable au présent stade de la procédure et en considération des faits de l'espèce.

- Exécution sous peine d'astreinte du droit de visite et d'hébergement de B.

A l'audience devant la Cour, B. conteste rester en défaut d'exercer son droit de visite et d'hébergement conformément au jugement du 23 janvier 2020.

Le juge aux affaires familiales a retenu qu'il est délicat d'imposer l'exécution forcée d'un droit de visite et d'hébergement à un parent qui ne souhaite pas voir son enfant sous l'angle de vue de l'intérêt de l'enfant.

L'astreinte correspond à une somme d'argent, unique ou déterminée par unité de temps ou par contravention, au paiement de laquelle s'expose la partie condamnée, à défaut de respecter l'injonction formulée à son encontre.

Le droit de visite et d'hébergement qui s'analyse en premier lieu comme un droit du parent à l'égard de l'enfant n'a pas sa résidence auprès de lui. Mais ce parent a également des devoirs et des responsabilités à l'égard de l'enfant.

Il est malaisé de trouver un moyen juridique pour obliger le titulaire du droit de visite et d'hébergement à respecter son obligation de recevoir l'enfant, notamment à observer les modalités dont a été assorti ce droit, telles que les jours et heures fixés par la décision de justice.

Si on envisage « *le devoir de visite et d'hébergement* » au bénéfice et dans l'intérêt de l'enfant, alors il est difficilement envisageable d'en assortir l'exécution d'une astreinte à la demande et au profit du parent auprès duquel l'enfant a sa résidence, étant donné que ce parent ne saurait être considéré comme créancier de ce droit.

Le jugement déféré est partant à confirmer de ce chef.

La partie appelante succombant dans son appel et devant en supporter les frais, sa demande basée sur l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile est à déclarer non fondée.

Par ces motifs

la Cour d'appel, première chambre, siégeant en matière d'appel contre une décision du juge aux affaires familiales, statuant contradictoirement,

reçoit les appels principal et incident en la forme,

dit l'appel principal non fondé,

dit l'appel incident fondé,

réformant,

dit la demande d'A. en augmentation des contributions de B. à l'entretien et l'éducation des enfants communs mineurs C. et D. irrecevable,

dit que le juge aux affaires familiales est compétent pour connaître d'une demande en remise des clés du logement familial,

la déclare irrecevable,

pour le surplus confirme le jugement déféré,

dit non fondée la demande d'A. en allocation d'une indemnité de procédure,

condamne A. aux frais et dépens de l'instance d'appel.

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

Odette PAULY, président de chambre,
Christian MEYER, greffier.