Arrêt N°73/21 - I – CIV (aff.fam.)

Arrêt civil

Audience publique du dix-sept mars deux mille vingt-et-un

Numéro CAL-2021-00043 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 (…), demeurant à (…), (…),

appelante aux termes d'une requête déposée au greffe de la Cour d'appel le 4 janvier 2021,

représentée par Maître Noémie SADLER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

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

intimé aux fins de la prédite requête,

représenté par Maître Andrée BRAUN, 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 18 juin 2020 au greffe du juge aux affaires familiales près du tribunal d'arrondissement de Luxembourg par A. (ci-après A.) dirigée contre B. (ci-après B.) tendant à la condamnation de celui-ci à lui payer, avec effet au 1er février 2015, la contribution à l'éducation et à l'entretien de l'enfant commun C., né le (…), à laquelle il est tenu aux termes de la convention de divorce par consentement mutuel du 9 mai 2014, ainsi qu'à l'augmentation, à partir du jour de la demande, de cette contribution mensuelle au montant de 450 euros par mois et au paiement d'arriérés d'indexations indiciaires pour une somme de 448,75 euros, le juge aux affaires familiales, dans son jugement du 25 novembre 2020, a reçu la demande en la forme, a dit la demande concernant les arriérés de contributions et d'indexations indiciaires irrecevable pour la période

antérieure au 18 juin 2015, dit cette demande recevable et fondée pour la période postérieure, condamné B. à payer à A. à partir du 18 juin 2015 une contribution à l'éducation et à l'entretien de l'enfant commun mineur C.de 250 euros par mois, allocations familiales non comprises, constaté que postérieurement au 18 juin 2015, une indexation est intervenue le 1er janvier 2017, dit la demande d'A. en condamnation de B. à lui payer les arriérés d'indexations indiciaires redues en relation avec ladite contribution, échues et impayées depuis le 1er janvier 2017 fondée à concurrence du montant de 449,35 euros, condamné B. à payer ce montant à A., dit la demande d'A. en augmentation de la contribution à l'éducation et à l'entretien de l'enfant commun mineur C.recevable en ce qu'elle porte sur la période postérieure au 18 juin 2020, mais non fondée, dit la demande d'A. en paiement du terme courant de la contribution conventionnellement fixée fondée, condamné B. à payer à A. une contribution à l'éducation et à l'entretien de l'enfant commun C.de 250 euros (indice 834,76 au 1er janvier 2020) par mois, allocations familiales non comprises, dit que cette contribution est payable et portable le premier jour de chaque mois et pour la première fois le 1er juillet 2020 et qu'elle est à adapter de plein droit et sans mise en demeure préalable à l'échelle mobile des salaires dans la mesure où les revenus du débiteur d'aliments y sont adaptés, ordonné l'exécution provisoire du jugement et mis les frais et dépens à charge de B..

De ce jugement qui lui a été notifié le 27 novembre 2020, A. a régulièrement interjeté appel suivant requête déposée au greffe de la Cour le 4 janvier 2021.

Par ordonnance du 26 février 2021, celle-ci a délégué la présente affaire à un magistrat unique sur base de l'article 1007-10 du Nouveau Code de procédure civile.

L'appelante demande, par réformation, à la Cour de dire fondée à partir du 18 juin 2020 sa demande en augmentation de la contribution de B. à l'entretien et à l'éducation de l'enfant commun à la somme de 450 euros, sinon à toute autre somme supérieure à 250 euros à évaluer *ex aequo et bono* par la Cour, rattachée automatiquement à l'échelle mobile des salaires.

A l'appui de son recours, A. fait valoir que les dispositions de l'article 203 du Code civil s'opposent à la prise en compte du revenu de son actuel conjoint pour la fixation de la pension alimentaire à payer par le père pour l'entretien et l'éducation du fils commun, sauf en ce qui concerne une éventuelle réduction des charges communes du couple. Sa situation financière se serait dégradée, étant donné que son revenu serait constitué des indemnités de chômage de 1.089,21 euros par mois, alors que celui de 2015 s'élevait à 2.943,89 euros. Comme elle rechercherait activement du travail, mais n'en aurait pas encore trouvé notamment en raison des effets de la pandémie sur le marché du travail et comme elle aurait également des soucis de santé, il n'y aurait pas lieu de se référer à un salaire théorique dans son chef. Elle supporterait personnellement des frais de logement à concurrence de 450 euros par mois et elle payerait encore des primes d'assurance pour son véhicule automoteur de 74,14 euros, ainsi qu'un loyer pour un garage. B. vivrait en concubinage avec une tierce personne, de sorte qu'il conviendrait de réduire corrélativement les charges par lui invoquées. Le fils commun fréquenterait le Lycée (…) depuis septembre 2019 et générerait des frais d'entretien plus importants, dont notamment des frais de cantine de 200 euros par mois, des frais de matériel scolaire et d'argent de poche.

L'appelante conteste l'existence d'une importante contribution en nature du père et relève que celui-ci ne contribue pas aux frais extraordinaires de l'enfant.

B. interjette appel incident du jugement déféré et conclut à l'irrecevabilité de la demande d'A. pour absence de preuve d'une détérioration de sa situation financière par rapport à celle qui existait en 2014 lors de la conclusion de la convention de divorce par consentement mutuel. De plus, la partie appelante n'établirait pas l'existence de nouvelles dépenses extraordinaires dans le chef de l'enfant commun. Concernant la situation actuelle d'A., celle-ci, bien que se trouvant au chômage, ne ferait pas de recherches sérieuses d'un nouvel emploi, elle serait remariée et son époux disposerait de revenus confortables dont il n'y aurait pas lieu de faire abstraction. A. vivrait dans l'immeuble de son époux et il n'y aurait pas lieu de prendre en considération la charge de logement par elle invoquée. B. expose qu'il exploit un restaurant et que son revenu d'environ 3.200 euros est resté constant. Actuellement il serait bénéficiaire du chômage partiel et il toucherait un salaire mensuel d'environ 2.800 euros. Il vivrait en concubinage avec une tierce personne avec laquelle il aurait un enfant commun et qui aurait deux enfants d'un premier lit. Dans la mesure où il n'assumerait pas d'obligation alimentaire à l'égard de cette personne avec laquelle il ne serait pas marié, les revenus de celle-ci ne devraient pas être pris en compte. Il rembourserait un prêt hypothécaire par des mensualités de 1.300 euros. Finalement B. soutient payer les frais d'abonnement téléphonique du fils commun et l'aider de temps en temps financièrement, de sorte que le montant fixé dans la convention de divorce par consentement mutuel serait toujours adapté et que, dans un ordre d'idées subsidiaire, il y aurait lieu de confirmer le jugement entrepris concernant sa contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant commun.

Il conclut encore à la réformation du jugement du 25 novembre 2020 en ce qu'il a été condamné au paiement d'arriérés d'indexations indiciaires, alors qu'il avait payé ces arriérés avant que le juge aux affaires familiales ne statue.

A. admet avoir eu paiement des arriérés d'indexations en question et ne s'oppose pas à la réformation demandée par l'intimé au principal sur ce point.

Appréciation de la Cour :

Suivant convention de divorce par consentement mutuel signée le 9 mai 2014 entre A. et B., la garde de leurs trois fils communs, dont C., né le (…), qui est seul concerné par le présent litige, a été confiée à la mère et B. s'est engagé à contribuer à raison de 250 euros par mois et par enfant à l'entretien et à l'éducation de ceux-ci, cette pension étant stipulée rattachée automatiquement et sans mise en demeure préalable à l'échelle mobile des salaires. Le divorce a été prononcé par jugement du 22 janvier 2015.

La convention de divorce à la base de la demande d'A. n'ayant pas été homologuée par le tribunal ayant prononcé le divorce, celle-ci a, sur base du nouvel article 1007-1, 5° du Nouveau Code de procédure civile, saisi le juge aux affaires familiales de sa demande tendant notamment au paiement des arriérés d'indexations de la pension alimentaire pour l'entretien et l'éducation

de l'enfant commun C.depuis juin 2015 et à l'augmentation de cette pension alimentaire à partir du 18 juin 2020.

- Les arriérés d'indexations

Comme il ressort de l'extrait de son compte du 10 juillet 2020 que B. a payé à A. la somme de 448,75 euros à titre d'arriérés d'indexations de la pension alimentaire pour l'enfant commun C.et comme A. soutient avoir, par la suite, renoncé à sa demande de ce chef devant le juge de première instance, le jugement du 25 novembre 2020 est à réformer et la demande d'A. du chef des adaptations indiciaires échues et impayées depuis le mois de juin 2015 est à dire non fondée.

- La modification de la convention de divorce par consentement mutuel

La convention du 9 mai 2014 ayant 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 remis 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* ».

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.

Les conventions des parents relatives à l'entretien et l'éducation des enfants communs ne sont pas immuables, 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 créancier d'aliments qui entend voir augmenter par le juge la contribution du débiteur à l'entretien et à l'éducation d'un enfant, telle que convenue entre parties, d'établir les circonstances nouvelles 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.

Aux fins de justifier sa demande en augmentation du secours alimentaire conventionnellement fixé, A. fait exposer qu'au moment du divorce, elle exploitait un débit de boissons à son propre compte et qu'elle disposait d'un revenu annuel de 35.326,72 euros en 2014, seul revenu connu à l'époque, soit d'environ 2.943 euros par mois. En 2015, ce revenu a diminué à 23.075,52 euros, soit à environ 1.920 euros par mois suivant le relevé du Centre commun de la sécurité sociale du 30 avril 2020. Suite à la fermeture de son exploitation commerciale due à des travaux de rénovation projetés par le propriétaire de l'immeuble, A. n'a travaillé que 8 mois pendant les années 2016 et 2017 pour avoir de nouveau un revenu de 17.324,81 euros pour 10 mois de travail en 2018. En 2019, l'appelante s'est retrouvée au chômage, suite à la résiliation de son dernier contrat de travail avec effet au 31 juillet 2019. Son revenu annuel était alors de 19.834 euros, soit d'environ

1.653 euros par mois. Malgré ses recherches et son inscription comme demanderesse d'emploi, A. qui est âgée de 48 ans n'a actuellement pas trouvé un nouvel emploi et son droit aux indemnités de chômage a expiré le 14 janvier 2021. Les prestations de chômage de janvier 2020 à août 2020 s'élèveraient en moyenne à 1.089,21 euros par mois et A. contribuerait à raison de 450 euros par mois pour elle-même et le fils commun des parties aux frais de logement assumés par ailleurs par son nouvel époux. Elle devrait encore payer un loyer de 100 euros pour un garage servant d'entrepôt pour ses affaires récupérées suite au divorce et une assurance pour son véhicule, de sorte qu'elle ne serait pas en mesure de contribuer financièrement à l'entretien et à l'éducation du fils commun C. L'appelante ajoute encore que depuis septembre 2019, l'enfant commun C.fréquente le Lycée (…) et que les frais de cantine s'élèvent à environ 200 euros par mois.

B. conteste qu'A. ait subi une perte de revenus au motif qu'en 2014, elle devait assumer seule la subsistance de la famille et qu'elle avait donc beaucoup de charges, alors qu'elle est actuellement remariée et que son nouvel époux dispose d'assez de revenus pour subvenir à la famille. Il n'indique ni la date du remariage, ni ne détaille-t-il les charges qu'A. aurait dû assumer en 2014.

L'appelante relève à juste titre que les revenus de son actuel époux ne doivent pas être pris en compte dans le cadre de l'appréciation de ses capacités contributives à l'entretien et à l'éducation de son enfant d'un premier lit, à l'égard duquel celui-ci n'assume aucune obligation alimentaire. Ce n'est qu'au niveau des charges du nouveau ménage auxquelles A. doit contribuer que les revenus de son époux seront pris en considération dans la seule mesure où ceux-ci sont de nature à diminuer ces charges de moitié.

Ainsi, même en tenant compte de frais de logement s'élevant au double de ce que l'appelante invoque actuellement, ses revenus ont baissé en juin 2020 par rapport à ceux qu'elle percevait en 2014. Il s'y ajoute que le fils commun en septembre 2019 est passé du régime de l'enseignement fondamental à l'enseignement secondaire engendrant notamment des frais de cantine importants.

La partie appelante établit donc l'existence dans son chef de changements importants par rapport aux conditions ayant existé lors de l'accord trouvé le 9 mai 2014, susceptibles de justifier son impossibilité de s'y tenir.

En ce qui concerne la situation de fait à prendre en compte, il est de principe que c'est le point de départ de la pension réclamée qui détermine le moment auquel le juge doit se placer pour procéder à l'appréciation de la situation des parties, le principe selon lequel le juge doit se placer au jour où il statue pour apprécier les besoins et les ressources des créancier et débiteur d'aliments s'appliquant seulement lorsqu'il s'agit de fixer la pension alimentaire pour l'avenir. Pour fixer une pension courant à compter de la demande en justice, le juge doit donc se placer à ce jour pour cette appréciation et si la situation pécuniaire respective des parties s'est trouvée modifiée entre le jour de la demande et celui où le juge statue, il devra en tenir compte et fixer ainsi la pension alimentaire à des montants différents pour le passé et pour l'avenir.

Le 18 juin 2020, A. était au chômage depuis août 2019 et elle percevait une indemnité mensuelle de 1.397,47 euros nets en juin 2020 suivant décompte

de prestations de chômage du 14 juillet 2020. Cette situation a perduré jusqu'en janvier 2021 où le droit au chômage d'A. a pris fin. Elle ne donne pas d'indications du sujet de sa situation postérieure.

B. critique la situation d'A. au motif que celle-ci ne recherche pas réellement du travail, de sorte qu'il conviendrait de tenir compte dans son chef d'un revenu théorique équivalent au salaire social minimum.

A. ayant été licenciée avec préavis, sans indication des motifs dudit licenciement, il n'est pas établi que c'est par sa propre faute que la partie appelante s'est retrouvée en chômage en août 2019. Il se dégage des pièces versées qu'elle s'est inscrite comme demanderesse d'emploi auprès de l'ADEM et il n'est pas controversé qu'elle a respecté les convocations dans le service de placement et qu'elle a contacté les potentiels employeurs lui assignés par l'ADEM à raison d'une seule lettre de postulation pendant les mois de septembre, octobre, novembre et décembre 2019, deux demandes d'emploi en janvier 2020, six demandes d'emploi en mars 2020, une seule en avril 2020 et trois en février 2021. B. relève à juste titre qu'A. ne verse aucune demande spontanée et que les demandes sporadiques par elle envoyées sur une période de 17 mois aux seules personnes lui indiquées par l'ADEM ne sauraient être qualifiées de recherches sérieuses d'un emploi, de sorte que la situation d'impécuniosité actuelle d'A. procède de sa propre volonté.

Eu égard au secteur d'activité dans lequel elle a recherché du travail (ménage), à l'absence de stress généré par l'activité physique et, même en tenant compte de l'évolution économique défavorable due à la crise COVID et de l'âge d'A., il convient de retenir qu'en cherchant sérieusement, A. aurait pu retrouver un travail à partir d'août 2020 et, son inactivité n'étant pas opposable au créancier d'aliments qu'est l'enfant mineur C., il convient de tenir compte à partir de cette date d'un revenu théorique équivalent au salaire social minimum non qualifié dans le chef d'A., soit d'environ 1.800 euros nets par mois.

Le nouvel époux d'A. n'étant pas obligé de loger le fils d'A. et de B., ni de subvenir aux besoins de cet enfant, il y a lieu de prendre en compte à titre de dépense mensuelle incompressible dans le chef de la mère le montant de 450 euros que celle-ci règle à titre de participation aux frais de logement du couple, ainsi qu'à ceux de son fils. La dépense d'un deuxième loyer de 100 euros par mois pour la location d'un garage en guise d'entrepôt pour les meubles qu'elle a récupérés de l'ancien logement familial, non critiquée par B., est également à prendre en compte. Il n'y a toutefois par lieu de retenir comme dépense mensuelle incompressible le paiement par A. des primes d'assurance de son véhicule, cette dépense participant des charges de la vie courante incombant dans la même mesure à B..

A. disposait donc de capacités contributives à l'entretien et à l'éducation de l'enfant, même si elles étaient réduites jusqu'en août 2020, et elle dispose, depuis septembre 2020 de facultés contributives théoriques évaluées à environ 1.250 euros.

Il ressort des fiches de salaire versées par l'intimé qu'avant mars 2020, son salaire était d'environ 3.300 euros par mois en moyenne et que, pendant les périodes de chômage partiel, ce revenu n'était que de 3.070 euros environ Au vu de la fiche de salaire de décembre 2020, le revenu global moyen était

d'environ 3.190 euros par mois. En janvier 2021, ce revenu a diminué à 2.840 euros.

A titre de dépense mensuelle incompressible, il invoque le remboursement d'un prêt immobilier par des mensualités de 1.307,93 euros. A. relève à juste titre que la concubine de B. qui vit auprès de lui avec ses deux enfants d'un premier lit et un enfant commun, devrait participer à concurrence de moitié au remboursement de cette dette assurant le logement de la famille.

En effet, même si B. et sa concubine ne sont pas mariés, B. doit néanmoins veiller à disposer de capacités financières pour contribuer à l'entretien et à l'éducation de son fils C.et il doit donc percevoir tous les revenus qu'il peut. En omettant de faire contribuer sa concubine aux frais de logement du ménage, B. s'appauvrit délibérément et son action n'est pas opposable au créancier d'aliments. Il n'y a donc lieu de tenir compte d'une charge de logement de seulement 653,96 euros dans le chef de la partie intimée.

Dans le cadre de l'appréciation des facultés contributives de B., il n'y a pas lieu de tenir compte de l'argent de poche, ni des abonnements GSM, payés aux enfants de sa concubine à l'égard desquels il n'assume aucune obligation alimentaire, ni de la pension alimentaire prévue par la convention de divorce qu'il s'agit de réévaluer. Les autres frais invoqués par B. constituent des frais de la vie courante et ne sont pas spécialement à prendre en considération et les frais de garde en relation avec l'enfant que B. a eu avec sa nouvelle compagne, ne sont pas non plus à prendre en compte dans la mesure où l'obligation alimentaire à l'égard de l'enfant C.était préexistante et que B. a agi en connaissance de ses engagements antérieurs.

Il en découle que B. dispose également de capacités contributives pour assurer l'entretien et l'éducation de l'enfant commun C.

Concernant les besoins de l'enfant, A. fait état d'une augmentation à partir de septembre 2019 où C.a commencé à fréquenter le Lycée (…) et notamment de frais de cantine de 200 euros par mois à assumer depuis cette date. S'ajoutent les frais normaux de logement, de nourriture, d'habillement, de loisirs et de soins de chaque enfant du même âge, dont notamment l'argent de poche et les frais de fourniture de matériel scolaire.

Les deux parties versent des attestations testimoniales tendant à établir que l'enfant passe en fait plus de temps que prévu par la convention de divorce par consentement mutuel auprès du père, respectivement auprès de la mère. Or, ces attestations ne sont pas assez précises et circonstanciées pour établir que les contributions en nature des parties respectives sont plus importantes que celles prévues par la convention de divorce par consentement mutuel consistant en une résidence fixée auprès de la mère et en un droit de visite et d'hébergement normal pour le père chaque deuxième week-end, ainsi que pendant la moitié des vacances scolaires.

Il n'est pas controversé qu'outre la contribution conventionnellement fixée s'élevant actuellement à 269,23 euros, B. paye encore les frais d'abonnement téléphonique de l'enfant commun de l'ordre de 40 euros par mois et qu'A. perçoit les allocations familiales pour C..

A. fait finalement valoir que B. ne contribue pas aux frais extraordinaires de l'enfant, sans toutefois préciser l'envergure des frais en question, ni formuler

de demande à ce sujet, de sorte que l'argument n'est pas pertinent pour la solution à apporter au litige.

Au vu de tous les éléments ci-dessus et en tenant compte des changements intervenus et des besoins de l'enfant, il y a lieu de confirmer le jugement entrepris en ce que la demande d'A. en augmentation du secours alimentaire à titre de contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant commun C.a été déclarée recevable, mais non fondée, sauf à préciser que le terme courant de la pension alimentaire s'élève à 269,23 euros au 1er janvier 2020 et que le secours alimentaire est payable à partir du 18 juin 2020.

- Les accessoires

A. succombant dans son recours, elle doit en supporter les frais et dépens.

P A R C E S M O T I F S

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

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

reçoit les appels principal et incident en la forme,

dit l'appel principal non fondé,

dit l'appel incident partiellement fondé,

par réformation :

dit non fondée la demande d'A. GOMES du chef des arriérés d'adaptations indiciaires du secours alimentaire pour l'entretien et l'éducation de l'enfant commun C., né le 11 avril 2007, échues et impayées depuis le mois de juin 2015,

confirme le jugement entrepris pour le surplus, sauf à préciser que le secours alimentaire conventionnellement fixé à 250 euros pour l'entretien et l'éducation de l'enfant commun C., s'élève à 269,23 euros au 1er janvier 2020 (indice 834.76) et qu'il est payable à partir du 18 juin 2020,

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

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

Yannick DIDLINGER, conseiller-président,
Joëlle SCHAEFER, greffier assumé.