Arrêt N°184/21 - I – CIV (aff. fam.)

Arrêt civil

Audience publique du quatorze juillet deux mille vingt-et-un

Numéro CAL-2021-00371 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 **(…)** à **(…)** en France, demeurant à L-**(…)**, **(…)**,

appelante aux termes d'une requête déposée au greffe de la Cour d'appel le 31 mars 2021,

représentée par Maître Anne ROTH-JANVIER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

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

intimé aux fins de la susdite requête,

représenté par Maître Claudio ORLANDO, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

---

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

Saisi d'une requête tendant à voir dire qu'**A.)** (ci-après **A.)**) et **B.)** (ci-après **B.)**) exerceront conjointement l'autorité parentale à l'égard de leur enfant commun mineur **C.)**, né le **(…)**, à fixer la résidence habituelle, ainsi que le domicile légal d'**C.)** auprès d'**A.)**, à fixer les modalités du droit de visite et d'hébergement de **B.)** et à condamner ce dernier à payer à **A.)** à titre de contribution à l'entretien et à l'éducation d'**C.)** le montant de 200 euros par mois, ainsi que la moitié des frais extraordinaires relatifs à l'enfant, le juge

aux affaires familiales a, par jugement rendu en date du 25 février 2021, notamment,

- fixé la résidence de l'enfant **C.)**, en période scolaire, en alternance au domicile de chacun de ses parents pendant une période d'essai de sept mois selon les modalités suivantes :
  - Semaine A : chez le père du lundi à la sortie de la crèche au mercredi à la rentrée de la crèche, chez la mère du mercredi à la sortie de la crèche au vendredi à la rentrée de la crèche, chez le père du vendredi à la sortie de la crèche au lundi de la semaine B à la rentrée de la crèche,
  - Semaine B : chez la mère du lundi à la sortie de la crèche au mercredi à la rentrée de la crèche, chez le père du mercredi à la sortie de la crèche au vendredi à la rentrée de la crèche, chez la mère du vendredi à la sortie de la crèche au lundi de la semaine A à la rentrée de la crèche ;
- ordonné une enquête sociale complémentaire dans le but d'analyser l'évolution de la situation de l'enfant commun mineur **C.)**, ainsi que tous les éléments permettant de se prononcer sur l'intérêt du mineur ;
- commis à ces fins le Service Central d'Assistance Sociale ;
- dit que l'enquête devra être déposée au greffe du tribunal pour le 16 septembre 2021 au plus tard ;
- fixé le domicile légal de l'enfant commun mineur **C.)**, auprès d'**A.)** avec effet au 16 novembre 2020, jour de la demande en justice;
- sursis à statuer sur la résidence de l'enfant commun mineur **C.)**, durant les périodes de vacances scolaires ;
- sursis à statuer sur la demande d'**A.)** en obtention d'une contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant commun mineur **C.)** et en condamnation de **B.)** à lui payer la moitié des frais extraordinaires relatifs à l'enfant ;
- constaté que par application de l'article 1007-58 du Nouveau Code de procédure civile, le jugement est d'application immédiate ;
- fixé la continuation des débats sur les demandes relatives à la contribution à l'entretien et à l'éducation du mineur, ainsi qu'à sa résidence durant les périodes des vacances scolaires à l'audience du jeudi, 25 mars 2021;
- fixé la continuation des débats relatifs à la résidence du mineur en période scolaire à l'audience du 22 septembre 2021.

Par requête déposée le 31 mars 2021, **A.)** a relevé appel limité aux dispositions ayant fixé la résidence de l'enfant commun mineur **C.)** en période scolaire en alternance au domicile des parents pendant une période d'essai de sept mois et ordonné une enquête sociale complémentaire dans le but d'analyser l'évolution de l'enfant commun mineur ainsi que tous les éléments permettant de se prononcer sur l'intérêt du mineur. En outre, elle demande une indemnité de procédure de 1.500 euros ainsi que la condamnation de la partie adverse au paiement des frais de l'instance.

Par ordonnance du 8 juillet 2021, la Cour a délégué la présente affaire à un magistrat unique sur base de l'article 1007-10 du Nouveau Code de procédure civile.

A.) fait plaider à l'appui de sa demande que la résidence alternée égalitaire ne serait pas adaptée aux besoins d'**C.)**, âgé de tout juste deux ans. Depuis

la naissance d'**C.)**, elle serait la personne de référence puisqu'elle se serait toujours occupée de lui, l'ayant allaité et ayant pris un congé de maternité puis un congé parental. Pendant le congé parental de quatre mois du père, ce dernier ne se serait pas occupé de lui et l'enfant aurait dû fréquenter la crèche à plein temps. Le système, tel qu'institué par le jugement entrepris impliquant des déménagements/déplacements permanents entre les domiciles des deux parents ne permettrait pas à **C.)**, âgé seulement de deux ans, d'avoir un réel « *chez soi* » où « *lieu de vie stable* » avec des rituels connus auxquels il s'est habitué et une personne de référence fixe. Depuis le 1er mars 2021, **C.)** présenterait d'ailleurs déjà les premiers signes de mal-être, n'arrivant plus à dormir dans son lit, n'ayant plus d'entrain et se repliant sur lui-même.

En outre, le père serait beaucoup moins disponible, alors qu'il occuperait un poste à responsabilité au sein d'une grande banque. Il ne serait notamment pas en mesure de récupérer l'enfant à la crèche avant 19 heures.

Enfin, la collaboration entre les parents serait encore très conflictuelle et ne permettrait pas d'organiser une telle résidence alternée de manière sereine.

A titre subsidiaire, **A.)** demande à la Cour de réduire la période d'essai à trois mois.

B.) soulève l'irrecevabilité de l'appel, au motif que le juge aux affaires familiales n'aurait pas encore tranché définitivement la demande relative à la résidence de l'enfant commun.

En outre, le jugement entrepris ne concernerait pas la période des vacances d'été, le juge aux affaires familiales ayant sursis à statuer sur ce point, de sorte qu'eu égard aux refixations de l'affaire, l'appel serait devenu sans objet.

Pour le surplus, il contexte les affirmations de l'appelante et expose s'être également toujours occupé de l'enfant commun et être une personne de référence pour lui, au même titre que la mère. Il conteste également tout mal-être de l'enfant et affirme que ce dernier serait parfaitement heureux et épanoui lorsqu'il est chez lui.

En tout état de cause, il demande une indemnité de procédure de 1.500 euros.

L'appelante réplique que même si le juge de première instance n'a pas encore toisé définitivement la demande, il aurait d'ores et déjà préjugé de sa décision, de sorte que l'appel serait recevable.

Les parties exposent encore que le juge aux affaires familiales a, par jugement du 8 juillet 2021, fixé le droit de visite et d'hébergement pendant les vacances d'été, de sorte que seule la période du 15 au 22 septembre serait encore concernée par l'appel.

- Quant à la recevabilité de l'appel

Aux termes de l'article 579 du Nouveau Code de procédure civile, les jugements qui tranchent dans leur dispositif une partie du principal et ordonnent une mesure d'instruction ou une mesure provisoire peuvent être immédiatement frappés d'appel comme les jugements qui tranchent tout le

principal. L'article 580 du même code poursuit que les autres jugements ne peuvent être frappés d'appel indépendamment des jugements sur le fond.

Il y a décision sur une partie du principal si le jugement, sans épuiser le fond, tranche définitivement une question faisant partie de l'objet du litige, de sorte que lors de la continuation des débats, le juge est lié par cette décision et ne peut plus revenir sur ce qu'il a décidé.

Le principal s'entend des prétentions respectives des parties qui fixent l'objet du litige et cette notion se trouve déterminée non pas par une conception étroite de l'objet du litige qui serait considéré comme le but ultime recherché par le demandeur, mais par les questions et prétentions préalables des parties que le tribunal doit trancher dans le cadre de son raisonnement et qui s'imposent à lui au cours de la suite de l'instance, sous la réserve toutefois que la question litigieuse connectée à l'objet de la demande doit conduire au rejet des prétentions sur lesquelles elle se fonde (cf. Cass. 27 novembre 2014, no 83/14, registre n°3385, JTL 2015, no 38, p. 52 et ss, observations Th. Hoscheit).

Aux termes de l'article 378-1 du Code civil, « *en cas d'accord des parents la résidence peut être fixée en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un d'eux. A la demande de l'un des parents ou en cas de désaccord entre eux sur le choix du domicile ou sur la résidence de l'enfant, le tribunal peut fixer le domicile de l'enfant et ordonner une résidence en alternance dont il détermine la durée. Au terme de celle-ci, il statue définitivement et fixe le domicile de l'enfant au domicile de l'un des parents et la résidence habituelle de l'enfant soit en alternance au domicile de chacun des parents, soit au domicile de l'un d'eux* ».

Cette disposition qui a été introduite dans le Code civil par la loi du 27 juin 2018 est reprise de l'article 373-2-9 du Code civil français (cf. Doc. parl. 6996, 4° du 24 janvier 2017, Avis du Conseil d'Etat, p. 32) qui dispose dans son deuxième alinéa qu'« *à la demande de l'un des parents ou en cas de désaccord entre eux sur le mode de résidence de l'enfant, le juge peut ordonner à titre provisoire une résidence en alternance dont il détermine la durée. Au terme de celle-ci, le juge statue définitivement sur la résidence de l'enfant en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un d'eux* ».

Les travaux parlementaires relatifs à la loi du 27 juin 2018 ne permettent pas de dégager de raison particulière ayant motivé le législateur luxembourgeois d'omettre les termes « *à titre provisoire* » dans le texte reprenant pour le surplus le libellé du texte français auquel tous les avis des intervenants dans le processus législatif se réfèrent de manière constante.

A l'instar de ce qui a été expressément retenu par le législateur français, le texte de l'article 378-1 du Code civil luxembourgeois autorise également implicitement, mais nécessairement, la création par le juge aux affaires familiales d'un état provisoire quant à la résidence en alternance des enfants de couples séparés, état qui est limité à une durée déterminée par le juge, suite au résultat duquel ce même juge, qui n'est pas dessaisi de la demande en résidence alternée, statuera définitivement sur cette demande avec possibilité notamment de revenir sur sa décision provisoire.

En mettant en place un système de résidence en alternance à titre d'essai, le juge aux affaires familiales, dans son jugement du 25 février 2021, s'est donc limité à prendre une mesure provisoire, sans trancher une partie du fond de ce chef de la demande d'**A.)**, ni d'ailleurs préjuger de la demande, puisqu'il pourra toujours, à l'issue de la période d'essai, fixer la résidence de l'enfant commun auprès de l'un des parents.

Il en est de même, en ce qu'il a ordonné une enquête sociale dans le but d'analyser l'évolution de la situation de l'enfant commun mineur **C.)**, ainsi que tous les éléments permettant de se prononcer sur l'intérêt du mineur.

L'appel dirigé contre ces dispositions du jugement entrepris est dès lors irrecevable.

Eu égard à l'issue du litige, la demande d'**A.)** en allocation d'une indemnité de procédure est à déclarer non fondée.

B.) est également à débouter de sa demande en allocation d'une indemnité de procédure, alors qu'il ne justifie pas en quoi il serait inéquitable de laisser à sa charge l'intégralité des frais exposés et non compris dans les 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,

dit l'appel irrecevable,

dit non fondées les demandes respectives des parties basées sur l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile,

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

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

Jeanne GUILLAUME, président de chambre,
Amra ADROVIC, greffier assumé.