Arrêt N°243/21 - I – DIV (aff.fam.)

Arrêt civil

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

Numéro CAL-2021-00554 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. , né le … à … au …, demeurant à …, …

appelant aux termes d'une requête déposée au greffe de la Cour d'appel le 21 mai 2021,

représenté par Maître Julie DURAND, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

B.**,** née le … à …au …, demeurant à …, …

intimée aux fins de la susdite requête,

représentée par Maître Sibel DEMIR, en remplacement de Maître Jean-Georges GREMLING, avocats à la Cour, les deux demeurant à Luxembourg.

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

Saisi d'une requête de B. (ci-après B.) déposée le 29 janvier 2021 au greffe du juge aux affaires familiales près le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, dirigée contre A. (ci-après A.) et tendant au divorce des parties, à la liquidation et au partage de la communauté de biens existant entre elles et à la désignation d'un notaire à ces fins, à la fixation auprès d'elle de la résidence habituelle des enfants communs mineurs E1 , née le …, et E2 , né le …, à la condamnation de A. à lui payer le montant de (2 X 350) 700 euros à titre de contribution à l'entretien et l'éducation des deux enfants communs, ainsi qu'à participer pour moitié à tous les frais extraordinaires exposés dans l'intérêt des deux enfants communs et à la

condamnation de A. à lui payer une indemnité de procédure de 1.000 euros, ainsi que tous les frais et dépens de l'instance, le juge aux affaires familiales près le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, par jugement réputé contradictoire à l'égard de A. du 19 mars 2021, a reçu la demande en la forme, s'est dit compétent pour en connaître, a dit la demande en divorce de B. recevable et fondée, a prononcé le divorce entre B. et A., dit qu'il sera procédé à la liquidation et au partage de la communauté légale de biens de droit luxembourgeois ayant existé entre parties et commis un notaire à cette fin, fixé le domicile légal et la résidence habituelle des enfants communs mineurs auprès de B., condamné A. à payer à B. une contribution aux frais d'éducation et d'entretien des enfants communs mineurs de (2 X 250) 500 euros par mois, allocations familiales non comprises, payable et portable le premier de chaque mois, pour la première fois le 29 janvier 2021 et 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, condamné A. à participer pour moitié aux frais extraordinaires exposés dans l'intérêt des enfants communs mineurs, débouté B.de sa demande en allocation d'une indemnité de procédure, ordonné l'exécution provisoire des mesures accessoires décidées et condamné A. à tous les frais et dépens de l'instance avec distraction au profit du mandataire de B..

De ce jugement, signifié le 13 avril 2021, A. a régulièrement relevé appel suivant requête déposée au greffe de la Cour le 21 mai 2021 et signifiée à B. par exploit d'huissier de justice du 1er juin 2021.

L'appelant demande, par réformation, à voir débouter la partie intimée de sa demande en allocation d'un secours alimentaire de 350 euros par mois et par enfant, à titre de contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants communs mineurs, *« à se voir condamner »* à payer à l'intimée une contribution mensuelle à l'entretien et à l'éducation des enfants communs de 200 euros par enfant, sinon à voir réduire ledit secours alimentaire à de plus justes proportions en tenant compte de la situation financière des parents ainsi que des besoins des enfants, à entendre dire que ce secours alimentaire est dû à partir de la date où les parties ne cohabitent plus, sinon à partir du jour du prononcé de l'arrêt à intervenir et à voir dire qu'il contribuera à hauteur de la moitié aux frais extraordinaires des enfants communs sous condition d'avoir donné son accord au préalable et sous condition qu'il lui soit soumis la facture ou le devis y relatifs, à se voir accorder un droit de visite et d'hébergement à l'égard des enfants communs tant en période scolaire qu'en période extra-scolaire, à voir ordonner l'exécution provisoire de l'arrêt à intervenir et à voir condamner la partie intimée aux frais et dépens de l'instance.

A. ne ne se fait plus représenter à l'audience des plaidoiries du 27 octobre 2021.

Dans son acte d'appel, il critique la décision du juge aux affaires familiales en raison du fait que B. n'a pas fait état de besoins spécifiques dans le chef des enfants communs et qu'en considération des seuls besoins usuels d'enfants du même âge, le juge a fixé sa contribution mensuelle à l'entretien et à l'éducation des enfants communs à la somme surfaite de 250 euros par mois. Il relève que les enfants ne sont âgés que de 2 et de 7 ans et que B. touche les allocations familiales pour leur compte. Le juge de première instance n'aurait pas non plus fait référence à la situation financière de la

mère. Concernant sa propre situation financière, il expose qu'il bénéficie d'un congé parental à plein temps et que son salaire est de 2.347,35 euros nets. Ses dépenses mensuelles incompressibles s'élèveraient à 300 euros à titre de frais de logement, à 431,34 euros à titre de mensualité d'un prêt personnel, à 171,03 euros à titre de mensualité pour un prêt ayant servi à l'acquisition d'une voiture et à 357,67 euros à titre de mensualités de deux prêts concernant l'acquisition de deux motos. Sans refuser de contribuer aux frais d'entretien et d'éducation des enfants communs, il ne serait donc pas en mesure de payer la somme mensuelle exorbitante de 500 euros pour les deux enfants. A. critique également le juge aux affaires familiales pour avoir alloué le secours alimentaire à partir du 29 janvier 2021, alors qu'à cette date, les parties cohabitaient encore et se partageaient les frais occasionnés par les enfants communs. L'appelant ne refuse pas de contribuer à raison de moitié auxdits frais extraordinaires, mais souhaite donner son accord préalable et se voir soumettre une facture ou un devis. Il réclame finalement l'octroi d'un droit de visite et d'hébergement à l'égard des enfants communs aux fins de maintenir une relation avec eux suite à sa séparation de B..

B. demande un arrêt de défaut-congé à l'égard de l'appelant.

Subsidiairement, elle conclut à la confirmation du jugement déféré tant en ce qui concerne le principe qu'en ce qui concerne le quantum de la pension alimentaire lui allouée pour l'entretien et l'éducation des enfants communs mineurs. Elle soulève l'irrecevabilité pour cause de libellé obscur de la demande de l'appelant en octroi d'un droit de visite et d'hébergement à l'égard des enfants communs, sinon elle conclut à voir débouter A. de cette demande, étant donné qu'il n'aurait plus eu de contact avec les enfants depuis la séparation des parents et qu'il ne demanderait qu'irrégulièrement de leurs nouvelles. Dans un dernier ordre de subsidiarité et dans l'hypothèse de l'octroi d'un tel droit au père, il devrait s'agir d'un simple droit de visite à la demande des enfants, sinon à la convenance de la mère, eu égard à l'absence totale de contact entre les enfants et leur père.

Appréciation de la Cour

Aux termes de l'article 75 du Nouveau Code de procédure civile*, « si, sans motif légitime, le demandeur ne comparaît pas, le défendeur peut requérir un jugement sur le fond qui sera contradictoire, sauf la faculté du juge de renvoyer l'affaire à une audience ultérieure »*.

Au vu de cette disposition et du fait que la Cour statue en matière de divorce, l'arrêt à intervenir sera une décision motivée sur le fond.

- La contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants communs

Le juge de première instance s'est à juste titre référé aux dispositions de l'article 372-2 du Code civil prévoyant que chaque parent contribue à l'entretien et à l'éducation des enfants communs en proportion de ses ressources, de celles de l'autre parent et des besoins des enfants.

Il se dégage de la motivation du jugement déféré que les parties sont les parents des enfants E1, née le …, et E2 , né le …, âgés de … et de … ans.

Comme la mère n'invoque pas de besoins spécifiques dans le chef des enfants, le juge aux affaires familiales s'est à bon droit référé aux besoins usuels de logement, de nourriture, d'éducation, d'habillement, de soins et de loisirs se rapportant à tous les enfants relevant des tranches d'âge concernées.

Si les allocations familiales touchées par la mère sont de nature à couvrir une partie de ces besoins, elles ne suffisent pas à les satisfaire entièrement.

Conformément à ce qui a été retenu par le juge de première instance, les enfants E1 et E2 se trouvent donc dans le besoin.

A. n'ayant pas comparu devant le juge aux affaires familiales, ce dernier n'avait pas d'élément concernant la situation financière de celui-ci.

Avec sa requête d'appel, l'appelant a versé un courrier de la *Zukunftskees* du 29 décembre 2020 dont il ressort que A. a bénéficié d'un congé parental à plein temps du 11 janvier au 10 juillet 2021. L'indemnité lui versée s'est élevée à 2.795,67 euros nets et, même en l'absence de pièces justificatives y relatives, il convient d'admettre que le salaire que A. a de nouveau touché à partir d'août 2021 est supérieur à cette somme.

Il invoque des frais de logement de 300 euros par mois pour un logement qu'il partage avec une tierce personne. Ces frais n'étant pas excessifs, il convient de les prendre en compte à titre de dépense mensuelle incompressible.

A. fait encore état du remboursement de la moitié d'un prêt personnel, ayant servi à la rénovation d'un immeuble au Portugal suivant les indications de B., pour une somme mensuelle de 431,34 euros et du remboursement de la moitié d'un prêt pour l'acquisition d'une voiture pour une somme de 171,03 euros. Ces paiements à partir d'un compte commun des parties se dégageant des pièces versées, il y a lieu de les prendre en compte à titre de dépenses mensuelles incompressibles.

A. n'expliquant, voire ne prouvant pas la nécessité de disposer de deux motos, il n'est pas avéré que le remboursement des deux autres prêts par lui invoqués constitue une dépense incompressible et il n'y a pas lieu d'en tenir compte dans le cadre de l'appréciation de ses capacités contributives à l'entretien et à l'éducation de ses enfants mineurs.

L'appelant, qui ne contribue actuellement pas en nature à l'entretien et à l'éducation de ses enfants, dispose donc de capacités financières suffisantes pour ce faire par le versement d'une pension alimentaire, telle que prévue par l'article 376-2 du Code civil.

B., qui gagnait un salaire net d'environ 1.500 euros jusqu'en août 2021, ne gagne plus qu'un salaire net d'environ 1.100 euros en septembre 2021 auprès de son nouvel employeur pour la prestation de 120 heures par mois. Comme il se dégage cependant du contrat de travail que le salaire brut est de 2.400 euros par mois, il convient de retenir que la mère gagne mensuellement environ 1.900 euros net. Mis à part les frais de la vie courante, elle ne fait pas état de charges mensuelles incompressibles.

Au vu de ces éléments et des besoins des enfants communs, le juge aux affaires familiales a correctement fixé la contribution de A. à l'entretien et à l'éducation des enfants communs mineurs à la somme mensuelle de 250 euros par enfant.

Concernant le point de départ de cette contribution, il est de principe que la créance alimentaire naît le jour où les conditions y relatives sont remplies, soit en l'espèce, le jour à partir duquel les enfants se sont trouvés dans le besoin.

Dans la mesure où les époux qui cohabitent sont présumés contribuer au jour le jour tant en nature que financièrement aux frais du ménage commun et donc aussi aux frais d'entretien et d'éducation de leurs enfants, A. fait valoir à juste titre que l'état de besoin des enfants et son obligation de contribuer financièrement à leur entretien et à leur éducation ne sont nés qu'à partir du jour où il a quitté le foyer familial. Cette date serait postérieure au dépôt de la demande en divorce de B., mais l'appelant n'indique pas de date précise.

B. admet que les parties ont continué de cohabiter après le dépôt de la demande en divorce, mais ne précise pas non plus la date de la séparation définitive des parties.

A. faisant valoir le paiement d'un loyer à partir du mois d'avril 2021, la Cour retient comme établi qu'à partir d'avril 2021, il n'a plus cohabité avec B.et les enfants communs.

Par réformation du jugement déféré, le secours alimentaire à prester par A. est donc payable à partir du 1er avril 2021.

- La contribution aux frais extraordinaires occasionnés par les enfants communs

Eu égard au principe de coparentalité même après la séparation des parents, institué par les articles 372 et 376 du Code civil, il convient de retenir, conformément aux conclusions de l'appelant dans son acte d'appel, qu'il contribuera à la moitié des frais extraordinaires engendrés par l'entretien et l'éducation des enfants communs sous condition que ces frais soient engagés de commun accord des parties et sur présentation des factures, ou devis, y relatifs.

Le jugement déféré est à modifier en ce sens.

- Le droit de visite et d'hébergement

Conformément à l'article 585, ensemble l'article 154 du Nouveau Code de procédure civile, l'acte d'appel doit notamment contenir, à peine de nullité, l'objet de l'appel et un exposé sommaire des moyens. Ces dispositions légales ont pour but de faire connaître, dès l'ingrès, à la partie intimée les critiques émises par l'appelant à l'encontre de la décision de première instance, ceci avec suffisamment de précision pour lui permettre de préparer utilement sa défense, au vu du seul acte d'appel.

B. relève à juste titre que A. n'a pas précisé les modalités d'exercice du droit de visite et d'hébergement par lui revendiqué, se bornant à critiquer le jugement entrepris en ce qu'il a fixé la résidence habituelle des enfants communs auprès de la mère et en ce qu'il ne lui a pas accordé de droit de visite et d'hébergement aux fins de rester en contact avec les enfants communs. Elle en déduit qu'elle n'est pas en mesure de prendre position sur cette demande.

Or, le libellé de l'acte d'appel, tout comme celui de la demande tendant à l'octroi d'un droit de visite et d'hébergement, est suffisamment explicite pour permettre à B. d'en comprendre la portée et de préparer utilement sa défense.

Le moyen de nullité de l'exploit introductif d'instance soulevé par B. en ce qui concerne le volet de l'appel tenant au droit de visite et d'hébergement n'est donc pas fondé.

Concernant le fondement de cette demande, il est de principe que le juge ne peut décider que le droit de visite sur des enfants *« s'exercera librement sous réserve de l'accord des enfants »* ou que la fréquence et la durée d'un droit d'accueil fixé à l'amiable entre les parents le soit en tenant compte de l'avis des mineurs. Cette solution de principe s'applique même à l'égard d'adolescents ne voulant plus voir un parent (JCl civil, Art. 286, Fasc. 10-2 : Effets du divorce, Conséquences extrapatrimoniales du divorce pour les enfants, Modalités d'exercice de l'autorité parentale, Septembre 2017, n° 68).

Il ne sera donc pas donné suite à la demande de B. tendant à voir fixer un droit de visite et d'hébergement à la convenance des enfants. Une telle décision n'étant, d'une part, pas nécessairement dans l'intérêt des mineurs auxquels serait transférée la responsabilité des décisions incombant à leurs parents et n'étant, d'autre part, pas conforme aux règles de droit, la Cour ne pouvant déléguer aux enfants le pouvoir de juger qui lui est dévolu (CA Nîmes, 3ème ch. de la famille, 8 Juin 2016, n° du répertoire 15/01904).

Pour cette même raison, l'exercice par le père de son droit de visite et d'hébergement à l'égard des enfants communs n'est pas non plus à abandonner à la seule volonté de la mère.

En l'absence d'accord des parties à cet égard, le droit en question sera fixé par le juge.

En cas de séparation des parents, il est dans l'intérêt des enfants de garder des contacts effectifs et continus avec le parent auprès duquel ils ne résident pas habituellement.

B. relate à l'audience que les enfants n'ont plus eu de contact avec leur père depuis le départ de celui-ci du logement familial, départ que la Cour situe en avril 2021, donc depuis une période de 7 mois.

Au vu de cet élément, du jeune âge de l'enfant cadet et même si aucun élément du dossier ne permet de retenir que le contact entre le père et les enfants soit nuisible à ces derniers, il y a lieu de procéder progressivement aux fins de ne pas compromettre l'équilibre fragile des enfants eu égard à la situation de séparation des parents.

Dans un premier temps, il n'y a donc lieu d'accorder à A. qu'un simple droit de visite chaque deuxième samedi pendant deux heures, sauf autre accord entre parents, de 14.00 heures à 16.00 heures, par l'intermédiaire du service Treff-Punkt et à charge pour A. d'organiser les rendez-vous avec ledit service, avec possibilité d'augmentation de la fréquence ou de la durée dans l'hypothèse où le service l'estimera bénéfique aux enfants.

La demande de A. est donc partiellement fondée.

- Les accessoires

Le présent arrêt n'étant pas susceptible d'une voie de recours suspensive d'exécution, la demande tendant à l'exécution provisoire de l'arrêt est sans objet.

Au vu de l'issue du litige, il y a lieu de mettre un tiers des frais et dépens de l'instance à charge de B.et deux tiers à charge de A. .

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

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

reçoit l'appel en la forme,

le dit partiellement fondé,

par réformation,

dit que le secours alimentaire à prester par A. pour l'entretien et l'éducation des enfants communs E1, née le …, et E2, né le …, est payable à partir du 1er avril 2021,

dit que A. contribuera pour moitié aux frais extraordinaires engendrés par l'entretien et l'éducation des enfants communs engagés de commun accord des parties et sur présentation des factures ou devis y relatifs,

accorde à A. un droit de visite à l'égard des enfants communs mineurs à exercer, sauf meilleur accord des parties, chaque deuxième samedi de 14.00 heures à 16.00 heures, par l'intermédiaire du service Treff-Punkt à L-5374 Munsbach, 31, rue du Parc (Tel: 547167-401) suivant les modalités à fixer par les responsables dudit service et en vue d'un élargissement progressif,

précise qu'il appartient à A. de prendre contact avec le service Treff-Punkt pour que son droit de visite soit initié,

confirme le jugement entrepris pour le surplus dans la mesure où il est entrepris,

dit sans objet la demande tendant à l'exécution provisoire du présent arrêt,

fait masse des frais et dépens de l'instance et les impose pour un tiers à B. et pour deux tiers à A..

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

Jeanne GUILLAUME, président de chambre,
Yannick DIDLINGER, conseiller,
Thierry SCHILTZ, conseiller,
Joëlle SCHAEFER, greffier assumé.