Arrêt N°245/21 - I – CIV (aff.fam.)

Arrêt civil

Audience publique du vingt-quatre novembre deux mille vingt-et-un

Numéro CAL-2021-00796 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 L-(…),

appelante aux termes d'une requête déposée au greffe de la Cour d'appel le 10 août 2021,

représentée par Maître Meryem OZDEMIR, avocat, demeurant à Luxembourg, en remplacement de Maître Pierre EBERHARD, avocat à la Cour, demeurant à Dudelange,

e t :

B., né le (…) à (…), demeurant à (…),

intimé aux fins de la susdite requête,

n'ayant pas constitué avocat à la Cour.

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

Statuant sur la requête de A. déposée le 19 mai 2021 au greffe du juge aux affaires familiales près le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, dirigée contre B. et se rapportant aux modalités d'exercice de l'autorité parentale à l'égard de l'enfant commune mineure C., née le (…), suite à la séparation des parents, le juge aux affaires familiales près le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, dans son jugement contradictoire du 2 juillet 2021, a fixé la résidence habituelle de l'enfant commune C. auprès de A., accordé à B. un droit de visite et d'hébergement à l'égard de l'enfant commune, à exercer au ou par l'entremise du service parentalité de l'association *Jugend- an*

Drogenhëllef, condamné B. à payer à A. une contribution à l'éducation et à l'entretien de la fille commune de 50 euros par mois, allocations familiales non comprises, payable et portable le premier de chaque mois et pour la première fois le 1er juillet 2021, 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, fait masse des frais et dépens et les a imposés pour moitié à chacune des parties.

Ce jugement a été entrepris par A. suivant requête d'appel déposée le 10 août 2021 au greffe de la Cour d'appel.

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, principalement, de ne pas accorder de droit de visite et d'hébergement à B., sous quelle que forme que ce soit, subsidiairement, d'accorder seulement un droit de visite encadré par des professionnels et à exercer par l'intermédiaire d'un organisme compétent qui pourrait être le service parentalité de l'association *Jugend- an Drogenhëllef* ou le *Treff-Punkt,* sous la condition qu'il respecte les conditions fixées pour l'exercice de ce droit, en tout état de cause, à voir augmenter le montant mensuel que B. doit payer à titre de contribution à l'éducation et à l'entretien de la fille commune C. au montant de 250 euros, sinon à de plus justes proportions selon l'appréciation de la Cour, à voir condamner la partie intimée au paiement d'une indemnité de procédure de 1.500 euros pour l'instance d'appel, ainsi que des frais et dépens de l'instance d'appel, avec distraction au profit de son mandataire qui affirme en avoir fait l'avance.

A l'appui de son recours, A. expose qu'il existe en l'occurrence des motifs suffisamment graves pour refuser l'exercice par B. d'un droit de visite et d'hébergement à l'égard de l'enfant commune C..

B. aurait, en effet, été condamné à une peine d'emprisonnement de 8 ans pour des faits d'abus sexuels commis sur sa fille issue d'une union antérieure, alors âgée de 4 à 5 ans, et suite à la séparation du couple formé par A. et B., les rencontres du père avec sa fille C. auraient été conditionnées par l'encadrement professionnel et par la consultation régulière par le père d'un psychiatre et d'un psychothérapeute. Or, B. aurait interrompu sa collaboration avec le service parentalité, de sorte qu'il ne serait pas assuré que le père suive toujours sa thérapie. Ce dernier n'aurait pas non plus demandé de nouvelles de sa fille depuis une dernière réunion entre parties qui s'est tenue en octobre 2020 auprès du service parentalité de l'association *Jugend- an Drogenhëllef*. A titre subsidiaire, les relations entre l'enfant et le père devraient être encadrées par des professionnels et se dérouler dans un milieu neutre suivant les conditions posées par le SCAS ou le service parentalité. Tout droit d'hébergement du père devrait être exclu. La mention d'un droit d'hébergement dans le jugement du 2 juillet 2021 procéderait d'ailleurs d'une erreur matérielle, aucun droit de la sorte n'ayant été demandé et n'ayant pas non plus fait l'objet d'un accord entre parties.

B., bien que régulièrement convoqué à comparaître à l'audience du 31 août 2021, ne s'y est pas fait représenter. Comme il se dégage du récépissé de la lettre recommandée de convocation que celle-ci n'a pas été remise à la personne de l'intimé, il y a lieu de statuer par défaut à son égard,

conformément aux dispositions de l'article 79 alinéa 1er du Nouveau Code de procédure civile.

En vertu des dispositions de l'article 78 du même code, si le défendeur ne comparaît pas, il est néanmoins statué sur le fond. Le juge ne fait droit à la demande que dans la mesure où il l'estime régulière, recevable et bien fondée.

Appréciation de la Cour :

L'appel qui a été introduit dans les forme et délai de la loi est recevable.

1) La rectification de l'erreur matérielle

La compétence pour procéder à la rectification d'une erreur matérielle appartient en premier lieu à la juridiction qui a rendu la décision affectée de l'erreur. Toutefois, lorsque la décision est rendue en première instance et qu'elle fait l'objet d'un appel, l'effet dévolutif de celui-ci soumet le point à rectifier également à la juridiction d'appel, qui est alors seule compétente pour y prendre position peu importe dans quel ordre chronologique l'appel et la demande en rectification ont été introduits, et peu importe que la juridiction d'appel ait déjà statué ou non.

Il faut toutefois qu'un appel soit introduit sur le fond, étant donné que l'appel ne peut pas avoir pour unique objet la rectification de l'erreur dont la première décision est atteinte. Cette condition étant remplie en l'espèce, la Cour est compétente pour procéder à la rectification de l'erreur matérielle alléguée par A..

La rectification d'une décision pour erreur matérielle n'est concevable qu'en présence d'une erreur purement matérielle, notion à interpréter stricto sensu, excluant toute inexactitude qui aurait à son origine un raisonnement du juge.

La rectification d'une erreur ou omission matérielle ne doit ainsi pas remettre en question le bien-fondé de la décision qu'elle concerne mais seulement l'exacte expression de ce qui en ressort avec certitude.

Toute erreur ou omission n'est pas susceptible de rectification. Le critère n'est pas tellement dans la distinction entre l'erreur matérielle et l'erreur intellectuelle, mais plutôt entre l'erreur volontaire et l'erreur involontaire. Seule l'erreur qui provient d'une inadvertance, d'une négligence ou d'une inattention trahissant l'intention profonde du juge peut faire l'objet d'une rectification.

En l'espèce, il se dégage de la motivation du jugement du 2 juillet 2021 que, dans sa requête du 19 mai 2021, A. ne se réfère qu'à un simple droit de visite de B. à l'égard de l'enfant commune C. et que les parties ont marqué leur accord à cet égard à l'audience du 24 juin 2021.

Aux termes du dispositif du jugement du 2 juillet 2021, le juge aux affaires familiales a cependant accordé à B. un droit de visite et d'hébergement à l'égard de l'enfant commune C., à exercer au sein du ou par l'entremise du service parentalité de l'association *Jugend- an Drogenhëllef*.

Le fait que ce dernier service n'est pas en mesure d'encadrer un droit d'hébergement, ensemble la motivation citée ci-dessus du jugement, témoignent du fait que la mention d'un droit d'hébergement dans le dispositif du jugement du 2 juillet 2021 procède d'une inadvertance du juge et qu'elle constitue partant une erreur matérielle qu'il convient de rectifier.

Le passage du dispositif du jugement du 2 juillet 2021 suivant lequel le juge aux affaires familiales *« accorde à B. un droit de visite et d'hébergement à l'égard de l'enfant commun C., préqualifiée, à exercer au ou par l'entremise du Service Parentalité de l'association Jugend- a Drogenhëllef ; établie à L-1130 Luxembourg, 93, rue d'Anvers »* doit donc se lire *« accorde à B. un droit de visite à l'égard de l'enfant commun C., préqualifiée, à exercer au ou par l'entremise du Service Parentalité de l'association Jugend- a Drogenhëllef ; établie à L-1130 Luxembourg, 93, rue d'Anvers* ».

2) Le fondement de l'appel

- Le droit de visite

A. conteste avoir accepté le principe de l'octroi d'un droit de visite à B. devant le juge de première instance et fait valoir qu'au vu du fait que, depuis la séparation des parents en août 2020, le père ne collabore plus avec les responsables du service parentalité et qu'il n'est donc pas assuré qu'il poursuive toujours son suivi psychiatrique et psychothérapeutique, elle n'a pas demandé l'octroi d'un quelconque droit de visite au père d'C.. Un tel droit n'aurait ainsi pas été dans les débats devant le juge de première instance.

Or, dans la requête introductive d'instance rédigée par A. elle-même, celle-ci fait référence au droit de visite du père au sujet duquel les parties s'étaient accordées lors de leur réunion avec les responsables du service parentalité en octobre 2020.

Il ressort encore de la motivation du jugement de première instance que les parties, toutes les deux personnellement présentes à l'audience, se sont accordées devant le juge aux affaires familiales au sujet dudit droit de visite du père à l'égard d'C. au sein du service parentalité de l'association *Jugend-an Drogenhëllef*.

La minute du jugement étant un acte authentique, les constatations y faites font foi jusqu'à inscription de faux et ne peuvent être combattues par un quelconque autre mode de preuve (Cour d'appel 18.06.2003 n° du rôle 26224).

Une telle procédure n'ayant pas été suivie par A., il convient de s'en tenir aux termes du jugement du 2 juillet 2021 et de retenir que l'octroi à B. d'un droit de visite médiatisé à l'égard de l'enfant commune C. était dans les débats devant le juge de première instance.

En instance d'appel, A. s'oppose à l'octroi d'un tel droit à B. en tirant argument de la condamnation pénale antérieure de celui-ci, des conditions élaborées par le service parentalité de l'association *Jugend- an Drogenhëllef* aux fins de permettre au père d'exercer un droit de visite, dont notamment les suivis psychiatriques et psychothérapeutiques, qui ne seraient actuellement plus garantis en raison du refus de collaboration du père, et de la nécessité d'un encadrement des visites. Finalement, B. ne se serait pas

mis en contact avec le service parentalité de l'association *Jugend- an Drogenhëllef* aux fins d'exercer son droit médiatisé.

Tous ces éléments constitueraient des motifs graves justifiant un refus de tout droit de visite de B. à l'égard de l'enfant C..

Aux termes de l'article 376 du Code civil, « la séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale » et *« chacun des parents doit maintenir des relations personnelles avec l'enfant et respecter les liens de celui-ci avec l'autre parent ».*

L'article 376-1 du même code poursuit que même un parent qui n'exerce plus l'autorité parentale à l'égard de son enfant ne peut se voir refuser l'exercice d'un droit de visite et d'hébergement à l'égard de celui-ci que pour des motifs graves et il précise que *« lorsque l'intérêt supérieur de l'enfant le commande ou lorsque la remise directe de l'enfant à l'autre parent présente un danger pour l'un d'eux, le tribunal en organise les modalités pour qu'elle présente toutes les garanties nécessaires ».* A cet égard, les juges peuvent *« prévoir que la remise s'effectue dans un espace de rencontre »* qu'ils désignent, ou *« avec l'assistance d'un tiers de confiance ou du représentant d'une personne morale qualifiée »*.

L'hypothèse de deux parents exerçant conjointement l'autorité parentale n'est pas visée par le Code civil, mais dans la même situation d'absence de texte, la Cour de cassation française a censuré une Cour d'appel pour avoir refusé un droit de visite et d'hébergement au parent non-résident. Elle a affirmé que *« le parent qui exerce conjointement l'autorité parentale ne peut se voir refuser un droit de visite et d'hébergement que pour des motifs graves »* (Cass. fr. 1ère civ., 14 mars 2006, n°04-19.527: JurisData n°2006-032653; D. 2006, p. 881, obs. I. Gallmeister).

Concernant les motifs invoqués par A., il ressort du jugement rendu le 12 octobre 2000 par la chambre criminelle du tribunal d'arrondissement de Diekirch que B. a été condamné à une peine de réclusion de 8 ans pour des faits de tentative de viol sur la personne d'un enfant n'ayant pas atteint l'âge de 14 ans accomplis, avec la circonstance aggravante qu'il était le père de la victime, commis en février et mars 1995, ainsi que pour des faits d'attentat à la pudeur sans violences ni menaces sur la personne d'un enfant âgé de moins de 11 ans accomplis, avec la circonstance aggravante qu'il est le père de la victime, commis entre 1993 et le 31 mai 1995. Il est constant que B. avait subi sa peine lorsqu'il a rencontré A..

Eu égard à ces faits commis par le père, au passé de toxicomane de la mère et à la situation sociale et financière précaire du couple, la famille a été signalée aux autorités et un rapport d'enquête sociale a été dressé le 17 juin 2016.

L'enfant C., née le (…), a fait l'objet d'une mesure de garde provisoire en milieu hospitalier prise par le Procureur d'Etat le 10 juin 2016. Une mesure de congé et de réintégration en milieu familial a été prise le 21 juin 2016. Par jugement du 1er mars 2017, la mainlevée de la mesure de garde provisoire a été prononcée, le maintien de la mineure au domicile des parents a été ordonné sous certaines conditions et la mineure a été placée sous le régime de l'assistance éducative.

Par jugement subséquent rendu le 17 juin 2020 au vu des rapports d'enquête sociale des 5 mars et 27 mai 2020, d'un rapport du service parentalité de l'association *Jugend- an Drogenhëllef* du 29 mai 2020 et d'un rapport d'expertise du docteur Marc Gleis du 18 avril 2017 admettant l'existence d'un risque de récidive de B. lorsque celui-ci se trouve en période de grand stress ou de frustration, le juge de la jeunesse près le tribunal d'arrondissement de Diekirch a maintenu l'enfant mineure au domicile des parents sous la condition de la poursuite par le père d'un suivi psychiatrique et psychothérapeutique et de la collaboration des parents avec le service parentalité de l'association *Jugend- an Drogenhëllef* . La mineure a été maintenue sous le régime de l'assistance éducative et le SCAS a été chargé du contrôle et du suivi de l'exécution de cette décision.

Suivant rapport du service parentalité de l'association *Jugend- an Drogenhëllef* du 1er juin 2018, la mineure évoluait bien dans son milieu familial, les parents ont respecté les conditions leur imposées et ils ont collaboré avec les intervenants sociaux.

Le rapport du SCAS du 5 mars 2020 ne fait pas état de problèmes dans le cadre familial d'C. et constate, au contraire, une évolution positive de la mineure qui fréquente un foyer de jour et est décrite comme une enfant éveillée, joyeuse et bien intégrée dans son groupe.

Le 29 mai 2020, le service parentalité de l'association *Jugend- an Drogenhëllef* constate que la famille A-B fait preuve de bonnes compétences parentales qui sont complémentaires, que les deux parents sont conscients des risques liés à leurs antécédents de toxicomanie et d'abus sexuels et qu'ils acceptent les plans de protection de l'enfant commune mis en place par les professionnels.

Le 27 novembre 2020, le même service relève la séparation des parents en août 2020, B. ayant quitté le domicile familial sur demande de A. qui a rompu la relation amoureuse. Suite à une discussion avec les parties, le service propose que les visites de B. à l'égard de l'enfant commune soient encadrées par un service psychosocial, que le père continue ses consultations auprès du psychiatre Hans-Gerd Gumprecht et qu'il suive parallèlement des consultations auprès d'un psychothérapeute.

Dans son courrier adressé le 6 août 2021 au juge aux affaires familiales, le représentant du service parentalité de l'association *Jugend- an Drogenhëllef* résume la situation antérieure à la rupture du couple comme suit: *« C. se développait bien grâce aux soins des parents. La situation psycho-sociale de la famille se stabilisait. La sécurité de l'enfant n'était pas mise en danger ni par les problèmes de drogues, ni par l'histoire du père. M. Bellotto s'abstenait d'ailleurs de toute consommation d'alcool, selon lui, un facteur à haut risque ayant contribué aux transgressions sexuelles du passé »*. Il précise que B. ne s'est plus remis en contact avec son service en vue de l'organisation des visites de l'enfant telles qu'elles avaient été convenues entre les parties lors de la réunion en octobre 2020, retranscrite dans le rapport du 27 novembre 2020.

Au vu de ces éléments, la Cour constate que, pendant les quatre premières années de la vie d'C., B. a respecté toutes les conditions lui imposées par les intervenants sociaux et que l'enfant a évolué favorablement au sein de sa famille jusqu'à la rupture du couple parental. Suite à cette rupture, les

deux parents se sont de nouveau retrouvés dans une situation sociale fragile, dépendant tous les deux, du moins partiellement, des organismes sociaux. Aucun écart ne peut donc être reproché à B. dans le cadre de sa relation avec l'enfant commune C., mis à part le fait qu'il n'a plus vu l'enfant depuis la séparation du couple en août 2020 et qu'il n'a pas entamé de démarches en ce sens. Il a néanmoins été demandeur d'un droit de visite à l'égard de l'enfant commune devant le juge de première instance à l'audience du 24 juin 2021.

Au vu de la bonne relation que B. entretenait avec C. pendant la vie commune des parents et des efforts par lui déployés en termes de thérapies et de suivi psycho-social, le passé de B. qui ne concerne pas directement C. et qui n'est constitutif que d'un risque n'ayant pas empêché la famille de cohabiter pendant 4 ans, ne s'analyse pas en une cause grave justifiant le refus de tout droit de visite du père à l'égard de la fille.

Il en est de même de l'omission du père de contacter le service parentalité de l'association *Jugend- an Drogenhëllef* en vue d'organiser des visites médiatisées.

C'est donc à juste titre que le juge aux affaires familiales a décidé qu'il est dans l'intérêt de l'enfant de garder un contact régulier avec son père, même si ce contact devra se faire par le biais d'un encadrement professionnel eu égard au passé du père, à l'absence de garantie qu'il suive actuellement encore ses thérapies et au temps écoulé depuis la séparation des parents et donc de la dernière rencontre entre le père et sa fille.

Le jugement entrepris, tel que rectifié est donc à confirmer en ce qu'il a accordé à B. un droit de visite à l'égard de l'enfant commune C. à exercer au ou par l'entremise du service parentalité de l'association *Jugend- an Drogenhëllef*. Il convient toutefois de préciser que ce droit se déroulera, dans un premier temps, sauf meilleur accord des parties ou autre convenance du service parentalité de l'association *Jugend- an Drogenhëllef*, chaque deuxième samedi de 14.00 à 16.00 heures et que B. devra prendre l'initiative de ces rencontres et respecter les conditions posées par le service parentalité de l'association *Jugend- an Drogenhëllef*.

- La pension alimentaire

Le juge aux affaires familiales a fait un exposé correct des textes de loi et principes applicables en la matière auquel la Cour se réfère et plus spécialement à l'article 376-2 du Code civil, tel qu'introduit par la loi du 27 juin 2018, qui prévoit que la contribution à l'entretien et à l'éducation d'un enfant de parents séparés prend la forme d'une pension alimentaire versée par l'un des parents à l'autre.

Cette disposition part de la prémisse que le parent auprès duquel l'enfant est domicilié exécute en principe sa contribution en nature (Doc. parl. 6996, 20 octobre 2016, Exposé des motifs, p. 97).

Concernant le quantum de la pension alimentaire à verser par l'autre parent, les articles 376-2 et 208 du même Code disposent que les aliments sont accordés dans la proportion du besoin de celui qui les réclame et de la fortune de celui qui les doit.

Le juge de première instance a donc à bon escient analysé les situations financières des parties respectives et les besoins de l'enfant, actuellement âgée de 5 ans.

A. qui soutient que la contribution de 50 euros à l'entretien et à l'éducation de la fille commune est insuffisante eu égard aux frais par elle exposés pour la fille commune, ne fait pas valoir de besoins spécifiques de l'enfant C., de sorte que le juge aux affaires familiales s'est à juste titre référé aux besoins usuels d'un enfant de 5 ans qui sont couverts en partie par les allocations familiales touchées par la mère.

L'appelante n'expose pas autrement sa situation financière en instance d'appel, de sorte qu'il convient de retenir que celle-ci est identique à celle prise en considération par le juge aux affaires familiales, à savoir que la mère touche le REVIS et paye un loyer, sauf que ce loyer a été réduit à 580 euros charges comprises suivant rapport établi par le SCAS du 11 juin 2021.

Il ressort de la même source que B. ne travaille pas et qu'il habite au domicile de sa nouvelle compagne à Differdange.

L'intimé, qui a toujours travaillé pendant la vie commune du couple, n'expliquant pas pour quelle raison il ne serait pas en mesure de s'adonner à une activité rémunérée, il convient de tenir compte dans son chef d'un revenu théorique équivalent au salaire social minimum. Même à supposer qu'il paye une contribution aux frais de logement auprès de sa nouvelle compagne, B. dispose donc de capacités pour contribuer à l'entretien et à l'éducation de l'enfant commune.

Au vu des besoins de l'enfant, des capacités contributives limitées dans le chef des deux parents et de l'absence de contribution en nature du père, il convient d'allouer à A. une contribution mensuelle de 150 euros à l'entretien et à l'éducation de l'enfant commune C..

Cette contribution est payable à partir du 1er juillet 2021, le jugement du 2 juillet 2021 n'étant pas critiqué à cet égard.

3) Les accessoires

La voie de recours exercée par A. n'étant que partiellement fondée, l'appelante reste en défaut d'établir 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.

Au vu de l'issue de l'appel, il y a lieu d'instaurer un partage par moitié des frais et dépens de l'instance, avec distraction pour la part qui le concerne au profit de Maître Pierre Eberhard qui affirme en avoir fait l'avance.

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 par défaut à l'égard de B.,

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

reçoit l'appel en la forme,

le dit partiellement fondé,

rectifiant,

dit que le passage du dispositif du jugement du 2 juillet 2021 « *accorde à B. un droit de visite et d'hébergement à l'égard de l'enfant commun C., préqualifiée, à exercer au ou par l'entremise du Service Parentalité de l'association Jugend- a Drogenhëllef ; établie à L-1130 Luxembourg, 93, rue d'Anvers »* doit se lire *« accorde à B. un droit de visite à l'égard de l'enfant commun C., préqualifiée, à exercer au ou par l'entremise du Service Parentalité de l'association Jugend- a Drogenhëllef ; établie à L-1130 Luxembourg, 93, rue d'Anvers »*,

ordonne que mention du présent arrêt sera faite en marge du jugement rectifié et qu'à l'avenir il ne sera plus délivré d'expédition ni d'extrait de ce dernier sans la rectification opérée,

réformant,

dit que le droit de visite de B. à l'égard de l'enfant C., née le 8 juin 2016, se déroulera, sauf meilleur accord des parties ou autre convenance du service parentalité de l'association *Jugend- an Drogenhëllef*, chaque deuxième samedi de 14.00 à 16.00 heures,

dit que B. devra prendre l'initiative de ces rencontres et respecter les conditions posées par le service parentalité de l'association *Jugend- an Drogenhëllef*,

fixe la contribution de B. à l'entretien et à l'éducation de l'enfant commune C. à la somme mensuelle de 150 euros,

condamne B. à payer à A. une contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant commune C. de 150 euros par mois,

confirme le jugement entrepris pour le surplus,

fait masse des frais et dépens de l'instance et les impose pour moitié à chaque partie, avec distraction, pour la part qui le concerne, au profit de Maître Pierre Eberhard qui affirme en avoir fait l'avance.

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

Yannick DIDLINGER, conseiller-président,
Amra ADROVIC, greffier.