A r r ê t c i v i l

Audience publique du mercredi, vingt et un avril deux mille dix.

Numéro 34824 du rôle.

Composition :

Edmée CONZEMIUS, présidente de chambre ;
Marc KERSCHEN, premier conseiller ;
Camille HOFFMANN, premier conseiller ;
Martine SOLOVIEFF, premier avocat général ;
Antoinette PASCUCCI, greffier.

E n t r e :

A, ingénieur, né le (…) à (…), demeurant à (…)

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Patrick KURDYBAN de Luxembourg en date du 06 mai 2009,

comparant par Maître Valérie DUPONG, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

B, agent de la commission européenne, née le (…) à (…), demeurant à (…),

intimée aux fins du prédit exploit KURDYBAN,

comparant par Maître Claudine ERPELDING, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

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

Statuant sur la demande principale en divorce dirigée par B contre A, sur la demande reconventionnelle en divorce de celui-ci ainsi que sur les mesures accessoires, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a, par jugement du 12 février 2009 :
- déclaré non fondée la demande principale en divorce ;
- dit la demande reconventionnelle fondée et prononcé le divorce entre parties aux torts exclusifs de l'épouse en application de l'article 242 du code civil français ;
- dit qu'il sera procédé au partage et à la liquidation de la communauté de biens ayant existé entre époux et ordonné tous devoirs à ces fins ;
- confié la garde de l'enfant commun X, né le 8 décembre 1992, au père et celle de l'enfant commun Y, né le 25 septembre 1997, à la mère ;
- attribué à A un droit de visite et d'hébergement pour l'enfant commun mineur Y chaque deuxième fin de semaine du vendredi 18.00 heures au lundi 08.00 heures ainsi que pendant la moitié des vacances scolaires ;
- attribué à B un droit de visite et d'hébergement pour l'enfant commun mineur X chaque deuxième fin de semaine du vendredi 18.00 heures au lundi 08.00 heures, chaque deuxième jeudi après-midi de la sortie des classes jusqu'à 20.00 heures les semaines où elle n'exerce pas le droit de visite et d'hébergement, ainsi que pendant la moitié des vacances scolaires ;
- dit qu'en tout état de cause, les droits de visite seront à exercer de telle sorte que les enfants communs mineurs X et Y se retrouvent ensemble chaque fin de semaine et pendant toutes les vacances scolaires ;
- condamné B à payer à A une pension alimentaire pour l'entretien et l'éducation de l'enfant commun mineur X de 125 € par mois, y non compris les allocations familiales ;
- condamné A à payer à B une pension alimentaire pour l'entretien et l'éducation de l'enfant commun mineur Y de 300 € par mois, et de l'enfant commun majeur Z, né le (…), de 450 € par mois, y non compris les allocations familiales ;
- déclaré non fondée la demande de B en attribution préférentielle du domicile conjugal.

Pour statuer ainsi sur la garde et le droit de visite et d'hébergement des enfants X et Y, le tribunal a dit que ces mesures relèvent de la loi de l'État de la résidence de l'enfant, à savoir en l'espèce de la loi luxembourgeoise, en application de l'article 2 de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs.
En confiant la garde de l'enfant Y à sa mère, le tribunal a entériné la situation de fait existante, Y vivant auprès de sa mère depuis la séparation des parties. Lors d'une audition de l'enfant devant la Cour statuant en matière de référé-divorce, Y n'avait pas exprimé de préférence, souhaitant passer une semaine alternativement chez son père et chez sa mère.
A a relevé appel de ce jugement par exploit d'huissier de justice du 6 mai 2009.

Il demande l'application de la loi française quant à l'aménagement de l'autorité parentale après divorce sur les enfants mineurs.

Suivant les dernières conclusions échangées entre parties, l'appelant demande l'exercice conjoint de l'autorité parentale sur Y. Il déclare ne pas s'opposer à une autorité parentale conjointe quant à X.
Il demande l'entérinement de l'arrangement conclu pendant l'instance de référé le 20 janvier 2010 suivant lequel Y résidera auprès de chacun de ses parents comme suit :
- les lundis après-midi à partir de la sortie des classes jusqu'au mercredi matin à la reprise des cours auprès du père,
- les mercredis après les cours au vendredi matin auprès de la mère,
- un week-end sur l'autre du vendredi après les cours au lundi 08.00 heures auprès de son père.
- les parents se partagent les vacances scolaires par moitiés égales selon le système retenu par le jugement du 12 février 2009.
Quant à la contribution aux frais d'entretien et d'éducation de Y, l'appelant demande à être déchargé de tout secours alimentaire à partir du 20 janvier 2010, étant donné que suite à la résidence alternée et égalitaire de l'enfant auprès de ses deux parents, chacun supporte la moitié de ces frais. En conséquence, l'appelant ne demande pas de contribution financière de la part de l'intimée.
Comme Y a été entendu par la Cour d'appel statuant en matière de référé, l'appelant renonce à sa demande en audition du mineur.
L'appelant demande que la résidence principale de Y soit fixée auprès de lui.
Il expose que lorsque les deux conjoints sont employés au service des Communautés, l'allocation pour enfant à charge et l'allocation scolaire sont versées par l'institution dont l'agent a le salaire le plus élevé, à savoir la BEI en l'occurrence ; qu'en cas de garde alternée, les allocations sont partagées entre les parents ; que par conséquent les deux parties pourraient bénéficier d'un montant plus élevé pour Y à titre d'allocations familiales ; qu'en outre la couverture médicale de Y est assurée par la BEI ; que l'appelant se propose de prendre en charge l'ensemble des frais médicaux de Y ; qu'il s'engage également à rétablir la couverture médicale complémentaire auprès de la compagnie d'assurances Interlux que l'intimée avait supprimée en mars 2006.
Il reproche à l'intimée d'avoir indiqué son loyer intégral (1.700 €) comme charge incompressible bien qu'en réalité elle le partage avec son concubin.

L'intimée soulève l'irrecevabilité de l'appel pour être tardif, le jugement entrepris ayant été signifié par A le 26 mars 2009.
Subsidiairement, quant au fond, elle demande la confirmation du jugement entrepris.
Elle soutient que les effets du divorce quant aux relations entre enfants et parents sont soumis à la loi luxembourgeoise, loi de la résidence habituelle des enfants.
En ce qui concerne Y, elle s'oppose à une autorité parentale conjointe, à la fixation de sa résidence principale auprès de l'appelant et à l'audition de l'enfant en justice. Subsidiairement, si une audition devait être ordonnée, elle demande la désignation d'un avocat pour assister le mineur.
Elle interjette appel incident pour entendre dire que l'autorité parentale sur X, qui vit auprès de l'appelant, sera exercée conjointement par les parents.
Elle réclame une indemnité de procédure de 1.500 €.

Il ressort de la procédure versée en cause que l'appelant A a fait signifier le jugement entrepris le 26 mars 2009 à B, qui, de son côté, n'a pas procédé à une signification dudit jugement à A. Comme la partie qui signifie le jugement ne se forclôt pas elle-même, aucun délai d'appel n'a commencé à courir à l'encontre d'A. Son appel est par conséquent recevable.

L'appelant demande à juste titre l'application de la loi française quant à l'aménagement de l'autorité parentale après divorce, les enfants étant de nationalité française.

La Convention de La Haye du 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs, dispose certes en son article 2 que les autorités compétentes aux termes de l'article 1er, en l'occurrence les autorités, tant judiciaires qu'administratives, de l'État de la résidence habituelle du mineur, prennent les mesures prévues par leur loi interne, qui détermine les conditions d'institution, modification et cessation desdites mesures, mais il y a lieu de souligner que, suivant l'article 1er, la loi interne des autorités compétentes n'est désignée que sous réserve des articles 3, 4 et 5, alinéa 3, de la Convention.
Or aux termes de l'article 3 « un rapport d'autorité résultant de plein droit de la loi interne de l'État dont le mineur est ressortissant est reconnu dans tous les États contractants ».
L'article 3 traite des cas dans lesquels la loi nationale d'un mineur prévoit un régime juridique qui entre en vigueur de plein droit, c'est-à-dire sans qu'une intervention de la part d'une autorité soit nécessaire. Le rapport Steiger relatif à la Convention de 1961 cite à titre d'exemple d'un « rapport d'autorité existant de plein droit » la puissance paternelle, devenue l'autorité parentale depuis la loi du 6 février 1975 (cf. dans le même sens : Commentaire de la Convention de La Haye de 1961 par Georges A.-L. Dros, Clunet 1973, p. 603 et ss. n ° 13 ; Bernard Audit, D.I.P. Economica, 2e éd. n° 612, p. 507 ; Loussouarn et Bourrel, D.I.P., Dalloz, 6e éd. n° 355, p. 420).

En droit français, comme en droit luxembourgeois, l'autorité parentale est un rapport d'autorité existant de plein droit en vertu de la loi, l'article 371-1 du code civil français et l'article 372 du code civil luxembourgeois disposant que l'enfant reste sous l'autorité de ses père et mère jusqu'à sa majorité ou son émancipation. En outre, suivant l'article 373-2 du code civil français, « la séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale », de sorte que l'autorité parentale conjointe des parents subsiste en principe de plein droit par la volonté de la loi nonobstant leur divorce.
En l'espèce, l'intérêt des enfants Y et X ne commande pas de confier l'exercice de l'autorité parentale exclusivement à l'un des deux parents.
Comme l'autorité parentale conjointe instaurée par la loi française est maintenue intacte, ce rapport d'autorité prévu par la loi nationale du mineur doit être reconnu dans tous les autres États contractants. La circonstance que l'exercice de l'autorité parentale exige certains aménagements en fait à décider par le juge pour régler la résidence des enfants auprès de chacun des parents suite à la séparation de ceux-ci, n'a pas pour effet d'exclure

l'application de l'article 3 de la Convention. Ces aménagements sont à mettre en œuvre conformément à la loi qui régit l'autorité parentale.
En adoptant la solution consacrée à l'article 3, la Convention a voulu tenir compte, d'une part du souci du législateur national de conserver les liens qui unissent un mineur à sa famille, d'autre part du fait qu'il est désirable de maintenir un régime légal une fois né, les changements de régime pouvant facilement créer des confusions ou des complications. Le but de l'article 3 est donc d'assurer, dans la mesure du possible, la continuité des rapports d'autorité ou des mesures prises. (cf. rapport explicatif à la Convention de M. W. De Steiger, p. 15-16).
Il en suit qu'en application de l'article 3 de la Convention de la Haye du 5 octobre 1961, l'autorité parentale après divorce est régie par la loi nationale des mineurs, en l'occurrence la loi française.

Comme les deux parents disposent en l'espèce des capacités éducatives nécessaires, il y a lieu, par application de l'article 373-2 précité, de décider qu'ils continuent d'exercer conjointement l'autorité parentale à l'égard des enfants mineurs X et Y.

La résidence de Y auprès de chacun de ses parents est à aménager de façon égalitaire conformément à l'arrangement trouvé entre parents devant la Cour d'appel, statuant en matière de référé, le 20 janvier 2010. Cet accord entre parents est conforme à l'article 373-2-9 du code civil français qui règle la résidence en alternance de l'enfant au domicile de chacun des parents. Il en suit que Y n'a pas de résidence principale auprès de l'un de ses parents tandis que l'autre serait réduit à n'exercer qu'un droit de visite et d'hébergement, mais sa résidence auprès de chaque parent se situe au même niveau d'importance.

En application du statut des fonctionnaires des Communautés européennes, chapitre I, dispositions communes aux allocations familiales, article 3, et en l'absence d'autre accord entre parents ou de décision judiciaire, les allocations familiales dont bénéficient les enfants seront versées par moitié à chacun des parents. Il en sera de même de toutes autres allocations sociales ou prestations familiales qui sont dues aux parties pour les enfants.
Comme le statut des fonctionnaires des Communautés européennes soumet le partage par moitié des allocations familiales à la seule condition de la « garde alternée » sans exiger que l'enfant ait sa résidence principale auprès de l'un des parents, la fixation d'une résidence principale n'est pas requise pour la détermination de l'allocataire des prestations sociales ou familiales.

Il y a lieu de donner acte à A qu'il entend affilier Y et X à l'assurance-maladie de la BEI. En outre, A s'engage à prendre en charge l'ensemble des frais médicaux des enfants X et Y, une fois ceux-ci assurés auprès de la caisse de maladie de la BEI. Il s'engage en outre à conclure une assurance complémentaire auprès de la société d'assurances Interlux en faveur des enfants X et Y.

Tout en s'accordant sur les modalités de la résidence de Y, les parties omettent, nonobstant leurs multiples échanges de conclusions, d'évoquer les modalités de la résidence de son frère X, dont la garde a été attribuée à A en

application de l'article 302 du code civil luxembourgeois, de sorte que la Cour ignore si les parties entendent d'aligner l'aménagement du séjour de X auprès de chacun d'eux sur celui de son frère Y ou si elles préfèrent maintenir, quant à X, les modalités édictées par le jugement entrepris.

L'appelant demande à être déchargé de la pension alimentaire pour Y mise à sa charge, chacune des parties devant assumer la moitié des frais d'entretien et d'éducation.

La contribution aux frais d'entretien et d'éducation des enfants prend habituellement la forme d'une pension alimentaire à verser au parent qui règle en fait les dépenses d'entretien et d'éducation. Cette forme de contribution s'impose dans un système où le parent titulaire de la garde, au sens l'article 302 du code civil, est supposé régler l'essentiel des frais, tandis que l'autre parent se borne à exercer son droit de visite et d'hébergement.

Cependant la contribution des parents peut aussi se faire, en tout ou en partie, par la prise en charge directe de frais exposés au profit des enfants. Cette solution est notamment envisageable en cas de résidence alternée des enfants.

Elle supposerait cependant une répartition plus ou moins égalitaire des frais entre les périodes de résidence des enfants auprès de chacun des parents. Or il se peut que des frais moins courants, mais importants (frais d'équipement, matériel scolaire, dépenses d'habillement et chaussures, frais d'affiliation ou d'inscription, frais de voyages scolaires, etc.) échoient plus fréquemment lors des périodes de résidence des enfants auprès de l'un des parents que lors des périodes de résidence auprès de l'autre, de sorte que ce dernier serait avantagé. En outre, l'un des parents pourrait être tenté de ne pas exposer des frais qui lui incombent normalement en espérant pouvoir refouler la dépense sur l'autre parent.
Il faut donc s'assurer à la fois que les besoins des enfants soient satisfaits et que la contribution des parents aux frais d'entretien et d'éducation des enfants soit égalitaire, compte tenu de la capacité contributive de chacun d'eux, quel que soit le parent qui prend l'initiative de la dépense.

Les conclusions des parties n'éclaircissent cependant pas la Cour sur la question de savoir comment ce double objectif pourrait être réalisé en l'espèce.

Les parties devraient, soit désigner celui d'entre eux qui s'occupe des dépenses non journalières à faire au profit des enfants Y et X, soit se prononcer sur la question sous quelles conditions une contribution aux frais d'entretien et d'éducation sous forme d'une prise en charge directe de frais exposés au profit des enfants serait à organiser pour assurer à la fois la satisfaction des besoins des enfants et l'égalité contributive des parents.

Il y a encore lieu de remarquer que la résidence en alternance a été réalisée en l'espèce par un découpage de la semaine en périodes de résidence assez brèves, de sorte que cette modalité semble en l'espèce peu propice à une prise en charge directe des frais non courants par chacun des parents, à

moins que ceux-ci ne parviennent à s'entendre quant aux conditions de la prise en charge des frais et de leur contribution respective.

Il y a lieu de surseoir à statuer sur les demandes alimentaires en attendant une instruction plus complète de ce volet.

P a r c e s m o t i f s :

la Cour d'appel, première chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement, sur le rapport du magistrat de la mise en état et les conclusions du Ministère public,

déclare recevables les appels principal et incident ;

dit les appels d'ores et déjà partiellement fondés ;

r é f o r m a n t :

dit que l'aménagement de l'autorité parentale après divorce à l'égard des enfants mineurs Y et X est régie par la loi française ;

dit que l'autorité parentale continuera à être exercée conjointement par les parents à l'égard des enfants mineurs Y et X ;

dit que Y résidera en alternance auprès de ses parents comme suit :
- les lundis après-midi à partir de la sortie des classes jusqu'au mercredi matin à la reprise des cours auprès du père,
- les mercredis après les cours au vendredi matin auprès de la mère,
- un week-end sur l'autre du vendredi après les cours au lundi 08.00 heures auprès de son père.
- les parents se partagent les vacances scolaires par moitiés égales selon l'aménagement retenu par le jugement du 12 février 2009 ;

avant tout autre progrès en cause :

invite les parties de préciser :

1) si les modalités de résidence arrêtées ci-dessus pour Y doivent aussi s'appliquer à X ;

2) comment elles entendent organiser concrètement, dans le régime de la résidence en alternance des enfants auprès de chaque parent, et compte tenu du principe de la proportionnalité de la contribution de chaque parent à ses moyens financiers, la prise en charge des dépenses non courantes à faire en faveur des enfants Y et X (frais d'équipement, matériel scolaire, dépenses d'habillement et chaussures, frais d'affiliation, frais de voyages scolaires, etc.) ;

donne acte à A qu'il affiliera les enfants Y et X à l'assurance-maladie de la BEI ainsi qu'à l'assurance médicale Interlux et qu'il fera l'avance des frais médicaux exposés pour Y et X ;

sursoit à statuer sur les demandes alimentaires des parties et sur les demandes en obtention d'une indemnité de procédure ;

dit que l'instruction de la cause se poursuivra sous la surveillance du magistrat de la mise en état ;

réserve les frais.

La lecture du présent arrêt a été faite en la prédite audience publique par Edmée CONZEMIUS, présidente de chambre, en présence d'Antoinette PASCUCCI, greffier.