Numéro 36352 du rôle

A r r ê t T u t e l l e

du douze janvier deux mille onze

rendu sur un recours déposé en date du 03/08/2010 au greffe du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg par

A, demeurant à (…), comparant en personne et assisté par Maître Alain GROSS, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

contre un jugement rendu en date du 12/07/2010 par le juge des tutelles près le même tribunal dans l'affaire entre lui-même et

B, demeurant à (…), comparant en personne et assistée par Maître Albert RODESCH, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

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

Saisi de la part de A d'une demande en octroi de l'autorité parentale conjointe à l'égard de l'enfant E, né le 14 octobre 2004, avec fixation de la résidence auprès de lui, sinon en institution d'une garde alternée, sinon en octroi d'un droit de visite et d'hébergement une semaine sur l'autre, le juge de la jeunesse près le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a, par jugement contradictoire du 12 juillet 2010, rendu entre A et B, institué l'autorité parentale conjointe, fixé la résidence de l'enfant auprès de sa mère et accordé au père un droit de visite et d'hébergement un week-end sur deux, une après-midi par semaine à convenir entre les parents et pendant la moitié des vacances scolaires.

Ce jugement a été entrepris dans les forme et délai de la loi par A qui reproche en substance au premier juge d'avoir rejeté sa demande en octroi d'un droit de visite et d'hébergement une semaine sur deux par des

considérations théoriques ne tenant pas compte de la situation particulière des parties, de l'âge de l'enfant et de sa disponibilité. En l'occurrence la garde alternée répondrait aux besoins de l'enfant commun et toutes les garanties seraient données pour qu'elle se déroule au mieux des intérêts d'Alexandre, maintenant âgé de six ans, vu la proximité des domiciles de ses parents et sa possibilité de pouvoir aménager son temps de travail. Il serait très attaché à l'enfant et voudrait s'investir dans son éducation à l'instar de la mère et vivre avec lui en tant que père responsable et affectueux. A titre subsidiaire l'appelant sollicite outre le droit de visite chaque deuxième week-end, un droit de visite en semaine de deux après-midi et nuits.

B conclut à la confirmation de la décision entreprise. Pour s'opposer à une garde alternée, l'intimée invoque surtout l'intérêt de l'enfant qui aurait besoin de stabilité qu'il retrouverait auprès d'elle. Le droit de visite des week-ends fonctionnerait bien et l'enfant aimerait se rendre à ces occasions chez son père. Elle déclare néanmoins douter de la disponibilité du père qui n'aurait depuis le jugement intervenu jamais vu son fils en semaine. Elle serait mariée et aurait donné naissance à une petite fille à laquelle E serait très attaché. Il serait important de ne pas séparer la fratrie. Elle profiterait du congé parental et accueillerait l'enfant à la sortie de l'école qui se trouverait à proximité du domicile. E participerait à des occupations parascolaires avec ses copains de classe et il ne serait pas dans son intérêt de rompre les liens amicaux et sociaux en train de création.

Selon le père, s'il n'a pas vu l'enfant en semaine, c'est qu'il ne voudrait pas se voir contraint de rencontrer son fils dans un cadre circonscrit d'avance par la mère. Il n'aurait aucun problème pour se libérer en semaine et l'enfant serait entouré chez lui à domicile pour le cas où il devrait s'absenter.

La représentante du Parquet général a conclu à la confirmation de la décision entreprise.

La Cour d'appel voudrait relever à titre liminaire que le droit de visite et d'hébergement sont essentiellement révisables et que le tribunal de la jeunesse tout comme le juge des tutelles pourront toujours, après le prononcé du divorce ou la séparation des parents, modifier ou compléter la décision intervenue pour le plus grand bien de l'enfant.

Lors des débats en chambre du conseil, la Cour d'appel a pu se convaincre du fait que les parents arrivent à se parler et s'entendent dans l'intérêt du bien-être de l'enfant commun. Tant le père que la mère disposent des qualités éducatives requises de sorte que d'un point de vue purement théorique, vu par rapport aux parents, rien ne s'oppose en principe à une garde alternée.

Toujours est-il que le Luxembourg, contrairement à la France et la Belgique, ne connaît pas l'institution de la garde alternée. Les pays européens qui autorisent la résidence alternée de l'enfant comme modalité d'exercice en commun de l'autorité parentale par les parents séparés sont au demeurant

rares. Outre en France et en Belgique cette modalité existe en Espagne. Mais elle n'est pas appliquée dans le sens à elle prêtée par l'appelant.

Ainsi, même si la résidence à temps égal est légalisée en France, elle n'est pas placée dans le code avant le dispositif plus général et plus classique se référant à la faculté pour le juge de confier l'exercice de l'autorité parentale à l'un des deux parents et elle n'est pas obligatoire pour le juge même en cas d'accord des parents.
Selon la Cour de cassation française les juges du fond peuvent, si l'intérêt de l'enfant le commande, décider d'une alternance aboutissant à un partage inégal du temps de présence de l'enfant auprès de chacun de ses parents. La résidence alternée s'entend donc d'une modalité d'exercice de l'autorité parentale où les parents, exerçant en commun l'autorité parentale, disposent à tour de rôle de la résidence de l'enfant auprès de chacun d'eux selon un calendrier qui n'est pas forcément strictement égalitaire.

En Belgique, l'exercice conjoint de l'autorité parentale, qui suppose que les parents assument conjointement la charge financière des enfants, n'implique pas non plus nécessairement l'hébergement égalitaire par les parents séparés, cette forme d'hébergement n'ayant été privilégiée par le législateur que depuis l'entrée en vigueur de la loi du 18 juillet 2006 « tendant à privilégier l'hébergement égalitaire de l'enfant dont les parents sont séparés et réglementant l'exécution forcée en matière d'hébergement d'enfant », qui a notamment modifié l'article 374 du Code civil. La loi belge prévoit désormais qu'à défaut d'accord, en cas d'autorité parentale conjointe, le tribunal examine prioritairement, à la demande d'un des parents au moins, la possibilité de fixer l'hébergement de l'enfant de manière égalitaire entre ses parents ; toutefois, si le tribunal estime que l'hébergement égalitaire n'est pas la formule la plus appropriée, il peut décider de fixer un hébergement non égalitaire. Le tribunal statue en tout état de cause par un jugement spécialement motivé, en tenant compte des circonstances concrètes de la cause et de l'intérêt des enfants et des parents.

Les textes nationaux des divers pays, y compris le Luxembourg, et supranationaux sont convergents : l'intérêt des père et mère n'est nullement prévalent, mais c'est l'intérêt des enfants qui doit passer avant toute autre considération. La configuration substantielle de l'intérêt supérieur de l'enfant, c'est le maintien d'un lien effectif : il ne s'agit pas seulement de préserver le symbole de l'exercice en commun de l'autorité parentale, mais concrètement de susciter des rencontres, des échanges, une continuité des apports éducatifs de chaque parent vers l'enfant jusqu'à la majorité. Ce maintien du lien est l'affaire des deux parents ensemble.

En l'occurrence le père ne demande pas à proprement parler la garde alternée, notion que notre code civil ne connaît donc pas, mais un droit de visite et d'hébergement à s'exercer chaque deuxième semaine du lundi au lundi prochain, ce qui équivaut en fait à une garde alternée avec hébergement égalitaire, dont les conséquences juridiques ne sont pas réglées par notre législation, telles par exemple les prérogatives de

représentation de l'enfant sur les plans scolaire et médical, la responsabilité parentale, les allocations familiales, la sécurité sociale, la fiscalité…

L'enfant E est né le 14 octobre 2004 et vient de fêter ses 6 ans. A cet âge, un enfant est encore fort dépendant de sa mère, sa personnalité n'étant pas suffisamment développée. Comme suite de la garde alternée, il risque de vivre difficilement toute coupure de sa vie sociale, les rencontres régulières avec ses copains de classe lui manqueront et il sera forcé de faire deux fois sinon quatre fois par jour en voiture le trajet (…) tandis qu'il habite maintenant près de l'école. Un enfant de l'âge d'E doit pouvoir garder intacts son implantation scolaire, son réseau d'amis, ses activités parascolaires et ne doit pas souffrir de navettes imposées. Il doit garder la possibilité de faire connaissance et de créer un lien familial et amical avec sa demi-sœur dont il ne comprendra pas une séparation par semaines entières.

Il s'y ajoute que l'accord des parents sur le principe de la garde alternée est une condition essentielle du fonctionnement harmonieux du mode de garde. En l'espèce il existe un désaccord des parents sur le mode de garde. La mère, qui a su s'organiser lors du départ du père, démontre sa disponibilité. En revanche, le père ne prouve pas qu'il a une disponibilité suffisante au regard de son emploi à responsabilité et ses déplacements réguliers à l'étranger.

La Cour voudrait relever finalement que la qualité de la relation entre un parent et son enfant, l'impact que peut avoir un parent sur l'éducation, la formation et le développement harmonieux de son enfant et la profondeur de l'affection ressentie ne sont pas uniquement ni même essentiellement fonction du nombre de jours ou d'heures passés avec l'un ou l'autre parent, mais découlent tant de la régularité des contacts et d'une certaine durée de ceux-ci que de l'intensité des relations et de la sincérité des sentiments. L'idée que seul un partage en temps égal de l'hébergement entre le père et la mère serait susceptible de permettre à chacun des parents de remplir son rôle parental ne tient pas compte de l'intérêt de l'enfant, de sa nécessite de stabilité et d'équilibre.

La Cour d'appel estime donc prématurée en l'occurrence l'institution d'une garde alternée avec partage égalitaire du temps de l'enfant, telle que sollicitée.

La résidence alternée peut se pratiquer par le biais d'un large droit de visite et d'hébergement. Aussi A sollicite-t-il à titre subsidiaire outre le droit de visite d'un week-end sur deux du vendredi à la sortie de l'école jusqu'au lundi matin, un droit de visite en semaine de deux après-midi et nuits.

Le père n'a jamais vu son fils en semaine depuis le prononcé du jugement en première instance. Si la Cour d'appel comprend le souhait légitime du père de s'investir davantage dans l'éducation de son enfant au quotidien, elle a des difficultés à saisir son refus de visiter son fils pendant une après-midi libre. Il est certes vrai que l'enfant pratique un sport, mais cette activité dans le cadre parascolaire est importante pour lui et devra être maintenue

même si le droit de visite est étendu, le père devant admettre que son fils a lui aussi droit à une certaine autonomie et que sa vie est et doit être organisée. Le jugement de première instance n'avait pas fixé le droit de visite à une après-midi fixe, mais l'avait laissé à la convenance des parties. Le père n'a jamais fait d'effort pour se libérer un autre jour de semaine, nonobstant les facilités qu'il prétend avoir, pour rencontrer son fils durant une après-midi ou même plusieurs fois par semaine pour quelques heures, la mère ne s'y opposant pas.

Dans les conditions données, la décision entreprise est à confirmer.

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 des tutelles, statuant contradictoirement, les parties et le représentant du ministère public entendus en chambre du conseil,

reçoit l'appel en la forme,

le dit non fondé,

confirme la décision entreprise.

condamne l'appelant aux dépens.

Ainsi prononcé en audience publique après instruction de la cause en chambre du conseil où étaient présents :

Edmée CONZEMIUS, président
Marc KERSCHEN, premier conseiller,
Camille HOFFMANN, premier conseiller,
Jeanne GUILLAUME, premier avocat général,
Antoinette PASCUCCI, greffier.

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.