Numéro 36853 du rôle

A r r ê t T u t e l l e

du seize mars deux mille onze

rendu sur un recours déposé en date du 22/12/2010 au greffe du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg par

A, né le 16/07/1976 à Luxembourg, fonctionnaire communal, demeurant à (…), comparant en personne et assisté par Maître Arsène KRONSHAGEN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

contre un jugement rendu en date du 10/11/2010 par le juge des tutelles près le même tribunal dans l'affaire entre lui-même et

B, née le 26/07/1979 à Luxembourg, demeurant à (…), comparant en personne et assistée par Maître Emmanuelle RUDLOFF, en remplacement de Maître Gaston VOGEL, avocats à la Cour, demeurant à Luxembourg.

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

Par jugement rendu le 1er juillet 2009 par le juge des tutelles près le tribunal d'arrondissement de Luxembourg l'exercice de l'autorité parentale sur l'enfant mineur X, né le 31 janvier 2007, a été confié conjointement à ses parents, A et B , la résidence habituelle de l'enfant commun a été fixée auprès de sa mère et en attendant l'issue d'une médiation familiale ordonnée entre A et B afin qu'ils puissent déterminer ensemble les modalités pratiques selon lesquelles ils entendent exercer l'autorité parentale conjointe ainsi que les modalités du droit de visite et d'hébergement de A à l'égard de l'enfant commun X, né le 31 janvier 2007, et sauf arrangement contraire entre parties, il a été dit que A exercera un droit de visite et d'hébergement à l'égard de l'enfant commun X chaque semaine du jeudi à 10.00. heures jusqu'au samedi à 18.00 heures, que, sauf arrangement contraire, le père ira chercher l'enfant commun le jeudi matin et la mère le récupérera le samedi à 18.00 heures chez son père, que pendant les vacances d'été 2009 et sauf arrangement contraire entre parties, A exercera un droit d'hébergement à l'égard de l'enfant commun du lundi 3 août à 10.00 heures au lundi 10 août à 18.00 heures ainsi que du lundi 7 septembre à 10.00 heures au lundi 14 septembre à 18.00 heures et que, pour le surplus, le droit de visite et d'hébergement hebdomadaire du père continuera à s'exercer, sauf pendant le congé de la mère.

Ce jugement n'a pas été entrepris et se trouve coulé en force de chose jugée en ce qui concerne les points définitivement jugés, à savoir l'exercice

conjoint de l'autorité parentale à l'égard de l'enfant commun par ses parents et la fixation de la résidence habituelle de l'enfant commun auprès de la mère.

Par jugement du 14 avril 2010 le juge des tutelles a, avant tout autre progrès en cause, ordonné une enquête sociale en vue de fournir de plus amples renseignements quant au déroulement des visites de l'enfant commun X, né le 31 janvier 2007, auprès de son père, aux conditions dans lesquelles se déroulent les remises de l'enfant commun, à la disponibilité de la grand-mère maternelle à assurer cette remise ainsi que tout autre renseignement permettant au juge des tutelles de prendre une décision définitive quant aux modalités du droit de visite et d'hébergement du père, dit qu'en attendant le dépôt du rapport de l'enquête sociale et sauf arrangement contraire entre parties, A exercera un droit de visite et d'hébergement à l'égard de l'enfant commun chaque semaine du jeudi à 10.00 heures au samedi à 18.00 heures ainsi que du lundi 10 mai 2010 à 10.00 heures au lundi 17 mai 2010 à 10.00 heures et du lundi 26 juillet 2010 à 10.00 heures au dimanche 8 août 2010 à 10.00 heures, et dit que le droit de visite et d'hébergement que A exerce du jeudi au samedi est suspendu pendant les périodes suivantes: du 24 avril 2010 au 2 mai 2010, du 29 mai 2010 au 12 juin 2010 et pendant les deux premières semaines du mois de septembre 2010.

Le 20 septembre 2010 B a déposé une nouvelle requête afin de se voir accorder l'exercice exclusif de l'autorité parentale à l'égard de l'enfant commun.

Par jugement du 10 novembre 2010 le juge des tutelles a reçu la demande de B en attribution de l'exercice exclusif de l'autorité parentale à l'égard de l'enfant commun X, né le 31 janvier 2007, a ordonné la jonction de cette demande avec celle déposée par A le 29 mai 2009, a dit la demande de B fondée, a dit que, par modification du jugement rendu le 1er juillet 2009, B exercera seule l'autorité parentale à l'égard de l'enfant commun X, né le 31 janvier 2007, a dit non fondée la demande de A en attribution d'un droit de visite et d'hébergement à l'égard de l'enfant commun à exercer une semaine sur deux, a dit que jusqu'à la rentrée scolaire 2011/2012 et sauf arrangement contraire entre parties, A continuera à exercer un droit de visite et d'hébergement à l'égard de l'enfant commun X chaque semaine du jeudi à 10.00 heures au samedi soir à 18.00 heures, dit que jusqu'à la rentrée scolaire 2011/2012 et sauf arrangement contraire entre parties, A hébergera l'enfant commun pendant les vacances de Carnaval du jeudi 17 février à 10.00 heures au samedi 26 février à 18.00 heures, pendant les vacances de Pâques du samedi 16 avril 2011 à 10.00 heures au dimanche 24 avril 2011 à 18.00 heures ainsi que pendant les vacances d'été du 14 juillet 2011 à 10.00 heures au dimanche 24 juillet 2011 à 18.00 heures ainsi que du jeudi 25 août 2011 à 10.00 heures au dimanche 4 septembre 2011 à 18.00 heures, dit que, sauf arrangement contraire entre parties, pendant le reste de ces vacances scolaires ainsi que des vacances de Noël 2010 et de Pentecôte 2011, le père continuera à exercer son droit de visite et d'hébergement tel qu'il l'exerce chaque semaine, à moins que la mère ne soit en congé, dit qu'à partir de la rentrée scolaire 2011/2012 et sauf arrangement contraire entre parties, A exercera un droit de visite et d'hébergement à l'égard de l'enfant commun un week-end sur deux du jeudi à la sortie de l'école jusqu'au

dimanche à 18.00 heures, une semaine sur deux du jeudi à la sortie de l'école jusqu'au lendemain matin, retour à l'école ainsi que pendant la moitié des vacances scolaires selon les modalités suivantes :

années impaires : les vacances de Carnaval, la deuxième moitié des vacances de Pâques, en été du 1er août au 15 août et du 1er septembre au 14 septembre, les vacances de la Toussaint, la deuxième moitié des vacances de Noël ;

années paires : la première moitié des vacances de Pâques, les vacances de la Pentecôte, en été du 16 juillet au 31 juillet et du 16 août au 31 août, la première moitié des vacances de Noël, et a dit que, sauf arrangement contraire

entre parties, le père ira chercher l'enfant commun au domicile de la mère, de sa grand-mère maternelle, ou à l'école et le ramènera auprès de sa mère.

Pour statuer comme il l'a fait le juge de première instance a notamment dit que compte tenu de l'absence totale de communication entre parties, de la méfiance, voire du mépris qui règne entre elles ainsi que des versions contradictoires que chacun des parents présente pour la même situation, l'exercice conjoint de l'autorité parentale ne peut pas fonctionner ; qu'il est inconcevable que ce soit en définitif le juge des tutelles qui prenne chaque décision importante concernant l'enfant commun et notamment celle relative à la scolarité de l'enfant, que ce soit en ce qui concerne l'école précoce ou le lieu de scolarisation ; qu'étant donné que le manque de confiance et le respect de l'autre parent existe également dans le chef de A, il ne peut être prétendu que ce soit B qui boycotte l'exercice conjoint de l'autorité parentale ; que s'il ne fait pas de doute que chacun des parents pris isolément est à même d'assurer l'éducation et l'entretien de l'enfant commun, il résulte cependant du rapport d'enquête sociale que l'enfant commun qui est pris en charge par sa mère du samedi au jeudi matin vit principalement au domicile de sa mère et qu'il évolue bien de sorte qu'il y a lieu de décider, par modification du jugement rendu le 1er juillet 2009, que B exercera seule l'autorité parentale à l'égard de l'enfant commun.

Le premier juge a rejeté la demande de A en institution d'une résidence alternée au motif que parmi les conditions qui doivent être remplies pour qu'un droit de visite et d'hébergement élargi sur une semaine puisse être bénéfique pour l'enfant commun figurent entre autres une bonne entente entre parents, la distance séparant les deux domiciles ainsi que l'âge de l'enfant, qu'au vu du comportement des deux parents depuis le début de la procédure, de leur rigidité et de l'absence totale de volonté de changer leur comportement à l'égard de l'autre parent, voire de se mettre en question, cette condition n'est pas remplie en l'espèce, que parmi les conditions qui doivent être remplies figure la nécessité de connaître l'état d'esprit profond et stable de l'enfant à propos du projet d'un mode d'hébergement alternatif, qu'il ne peut être raisonnablement soutenu que ce mode d'hébergement correspond au désir de l'enfant commun qui est âgé d'à peine quatre ans, que même si le tribunal ne met aucunement en doute que l'enfant se réjouit des visites auprès de son père, ceci ne veut pas dire qu'il se réjouira de vivre une semaine sur deux auprès de chaque parent avec tous les inconvénients

dus à un déménagement chaque semaine et que l'enfant est également trop jeune pour pouvoir raisonnablement apprécier si ce mode d'hébergement lui convient ou pas.

A a relevé appel de ce jugement par mémoire déposé le 22 décembre 2010 au greffe du tribunal de la jeunesse et des tutelles près le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, pour voir réformer le jugement intervenu en ce qu'il a confié l'autorité parentale sur l'enfant commun X, né le 31 janvier 2007 de manière exclusive à B , voir déclarer irrecevable la demande de B tendant à se voir accorder l'exercice exclusif de l'autorité parentale à l'égard de l'enfant commun, partant voir confier à l'appelant l'autorité parentale conjointe avec B sur l'enfant commun, voir réformer le jugement entrepris dans la mesure où il n'a pas fait droit à la demande de l'appelant tendant à se voir attribuer un droit de visite et d'hébergement à l'égard de l'enfant commun à exercer une semaine sur deux, voir déclarer recevable la demande de l'appelant en obtention d'un droit de visite et d'hébergement à exercer une semaine sur deux sur l'enfant commun, à titre subsidiaire voir déclarer fondée à titre provisoire la demande de l'appelant en obtention d'un droit de visite et d'hébergement à exercer une semaine sur deux sur l'enfant commun jusqu'à la scolarisation de l'enfant commun, à titre plus subsidiaire et pour autant que le droit de visite et d'hébergement une semaine sur deux ne serait pas accordé à l'appelant, surseoir à statuer sur la décision finale et ordonner un complément d'enquête sociale ainsi qu'une expertise psychologique pour permettre à la Cour de se faire une idée juste sur les capacités éducatives de l'appelant et pour voir, à titre encore plus subsidiaire et pour autant que la Cour ne ferait pas droit à l'appelant quant à ses demandes quant à un droit de visite et d'hébergement une semaine sur deux, maintenir un droit de visite et d'hébergement pour lui chaque semaine du jeudi 10.00 heures au samedi 18.00 heures et pour voir confirmer pour le surplus le jugement entrepris. A sollicite encore l'allocation d'une indemnité de procédure de 500 euros.

A soutient à l'appui de son appel que la demande de B tendant à se voir accorder l'exercice exclusif de l'autorité parentale à l'égard de l'enfant commun est à déclarer irrecevable sinon mal fondée, à défaut d'élément nouveau pouvant justifier le retrait de l'autorité parentale à son égard, l'autorité parentale exercée conjointement devant être maintenue. Il estime que le retrait de l'autorité parentale à son égard est une sanction injustifiée dès lors qu'il a toujours agi dans l'intérêt de l'enfant, à l'opposé de B qui a eu un comportement de nature à déstabiliser les relations entre l'appelant et l'enfant en faisant appel sans légitimité aucune aux forces de l'ordre, que le fait de l'existence d'un conflit entre parents ne constitue pas en soi un facteur d'exclusion de l'exercice conjoint de l'autorité parentale, que l'atteinte au principe de coparentalité doit rester exceptionnelle, que B ne respecte pas les droits de l'appelant et porte atteinte à la coparentalité pourtant essentielle pour l'équilibre de l'enfant, que l'aptitude d'un parent à respecter les droits de l'autre doit constituer un élément devant guider le juge des tutelles lorsqu'il se prononce sur les modalités de l'autorité parentale, qu'en l'espèce le premier juge n'a pas statué dans l'intérêt de l'enfant mais en se basant sur le comportement personnel de B et sur les allégations de cette dernière sans prendre en compte l'absence de respect par l'intimée des

droits de l'appelant, le rapport d'enquête sociale et l'intérêt réel de l'enfant commun.

A fait valoir en ce qui concerne sa demande en obtention d'un droit de visite et d'hébergement une semaine sur deux qu'il héberge l'enfant à raison de trois jours par semaine et qu'il est tout à fait à même d'assurer la prise en charge de l'enfant commun durant quatre jours de plus, que le partage de l'hébergement de l'enfant commun depuis plus d'un an de manière quasi égalitaire entre le père et la mère favorise un réel maintien des liens de l'enfant commun avec son père et lui assure une vie équilibrée et épanouie, qu'il résulte de l'enquête sociale que l'enfant est heureux d'aller chez son père et que le droit de visite et d'hébergement une semaine sur deux rééquilibrerait les rapports entre les parents.

B conclut à la confirmation du jugement entrepris. Elle soutient que l'exercice conjoint de l'autorité parentale ne peut pas fonctionner en raison de l'absence de communication entre les parents et estime que le droit de visite et d'hébergement tel qu'il a été fixé par le juge des tutelles tient équitablement compte de l'intérêt de l'enfant qui n'est âgé que de 4 ans et de l'emploi de temps de chacune des parties.

La représentante du ministère public demande à la Cour de dire, par réformation du jugement entrepris, que l'autorité parentale sur l'enfant commun X sera exercée conjointement par les parents et d'accorder au père un droit de visite et d'hébergement à exercer une semaine sur deux.

L'appel est recevable pour avoir été interjeté dans les formes et délai de la loi.

La demande de B tendant à se voir confier l'autorité parentale exclusive est, par réformation du jugement entrepris, à déclarer irrecevable, en l'absence d'élément nouveau, pour se heurter à l'autorité de chose jugée attachée au jugement du 1er juillet 2009 qui a dit que A et B exerceront ensemble l'autorité parentale à l'égard de l'enfant commun X, né le 31 janvier 2007.

B avait fait valoir à l'appui de sa demande que les circonstances dans lesquelles les parents exercent ensemble l'autorité parentale depuis le mois d'avril 2009 établissent que cet exercice est contraire à l'intérêt de l'enfant et que les parties n'arrivent toujours pas à avoir une discussion constructive concernant l'avenir de l'enfant.

En affirmant que le père de l'enfant et elle-même n'arrivent toujours pas à avoir une discussion constructive concernant l'avenir de l'enfant, B admet que la situation n'est pas différente de celle ayant existé au moment où le juge des tutelles a rendu sa décision instituant une autorité parentale conjointe quant à l'enfant commun X.

Le fait que le père souhaite que l'enfant soit inscrit dans la première année du premier cycle de l'école fondamentale à (…)e alors que la mère veut au contraire que l'enfant ne fréquente pas l'école précoce et qu'il soit par après scolarisé à (…) ne peut pas, dans les conditions données, être qualifié d'élément nouveau, rendant recevable la demande de B tendant à se voir

accorder l'exercice exclusif de l'autorité parentale concernant l'enfant commun .

Il y a partant lieu de dire que les parties continueront à exercer conjointement l'autorité parentale sur l'enfant commun X, né le 31 janvier 2007 tel que cela a été décidé par jugement contradictoire du 1er juillet 2009.

En ce qui concerne le droit de visite et d'hébergement réclamé par A, la Cour relève que le Luxembourg, contrairement à la France et la Belgique, ne connaît pas l'institution de la garde alternée, garde alternée que A ne demande d'ailleurs pas à proprement parler puisqu'il sollicite un droit de visite et d'hébergement à exercer une semaine sur deux.

L'intérêt des père et mère n'est pas prévalant pour décider d'un tel droit de visite et d'hébergement, c'est l'intérêt de l'enfant 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.

Il résulte du rapport d'enquête sociale que tant le père que la mère disposent des qualités éducatives requises pour s'occuper convenablement de l'enfant. L'enfant est hébergé actuellement par son père, depuis le jugement du 1er juillet 2009, chaque semaine du jeudi 10.00 heures au samedi 18.00 heures. L'assistante sociale a pu se convaincre lors d'une visite à l'improviste auprès de la mère que la remise de l'enfant à son père se faisait dans le calme et que l'enfant partait de plein gré chez son père, ne cessant de lui demander, une fois installé dans la voiture, de démarrer. Les inconvénients dus à une résidence alternée sont déjà vécus par l'enfant puisqu'il part depuis plus d'une année et demie chaque jeudi matin à 10.00 heures au domicile de son père pour y habiter pendant trois jours jusqu'au samedi soir. Si une bonne entente entre parents est en principe nécessaire pour qu'un droit de visite et d'hébergement élargi sur une semaine puisse être bénéfique pour l'enfant commun, la Cour constate qu'en l'espèce la situation conflictuelle existant entre les parents ne s'est pas répercutée négativement sur le bien-être de l'enfant lors de l'exercice du droit de visite et d'hébergement actuel qui est pourtant plus large qu'un droit de visite et d'hébergement usuel puisque le père voit l'enfant chaque semaine pendant trois jours, soit en fait six jours sur 14. On peut dès lors raisonnablement admettre qu'un élargissement du droit de visite et d'hébergement à une semaine sur deux n'aura pas un effet néfaste sur le bien-être de l'enfant. Par ailleurs un mode d'hébergement égalitaire est d'autant plus facile à mettre en place que les domiciles des parents ne sont distants que de 6 kilomètres, le père habitant à (…) et la mère à (…), et que l'enfant n'est pas encore scolarisé. Comme un partage de l'hébergement favorise en présence de parents tous les deux aptes à s'occuper convenablement de l'enfant le développement des liens de l'enfant avec ses deux parents, la Cour estime qu'il est dans l'intérêt de l'enfant d'accorder au père, par réformation du jugement entrepris, un droit de visite et d'hébergement à exercer une semaine sur deux.

La demande de A en octroi d'une indemnité de procédure est à rejeter, faute par lui de justifier de l'iniquité requise.

Il n'y a pas lieu de faire droit à la demande en exécution provisoire de l'arrêt, faute par l'appelant d'avoir fait état de circonstances particulières justifiant une telle mesure.

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 entre parties après instruction en chambre du conseil, le représentant du ministère public entendu,

recoit l'appel de A;

le dit fondé ;

réformant :

déclare irrecevable la demande de B tendant à se voir confier l'exercice exclusif de l'autorité parentale à l'égard de l'enfant commun X, né le 31 janvier 2007 ;

dit que les parents continueront à exercer conjointement l'autorité parentale sur l'enfant commun X, né le 31 janvier 2007 ;

dit que A exercera un droit de visite et d'hébergement à l'égard de l'enfant commun X une semaine sur deux, du samedi, 10.00 heures, au samedi suivant 10.00 heures ;

dit non fondée la demande en obtention d'une indemnité de procédure ;

dit qu'il n'y a pas lieu à exécution provisoire du présent arrêt ;

condamne l'intimée aux dépens de l'instance d'appel.

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

Edmée CONZEMIUS, président
Marc KERSCHEN, premier conseiller, président,
Camille HOFFMANN, premier conseiller,
Marie-Jeanne KAPPWEILER, 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.