A r r ê t c i v i l

Audience publique du dix-neuf décembre deux mille douze

Numéro 38489 du rôle

Composition :

Jean-Claude WIWINIUS, président de chambre,
Joséane SCHROEDER, premier conseiller,
Christiane RECKIGNER, premier conseiller,
Antoinette PASCUCCI, greffier.

E n t r e :

A.), demeurant à L-(…),

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Geoffrey GALLE de Luxembourg du 20/03/2012,

comparant par Maître Jean-Georges GREMLING, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

B.), demeurant à L-(…),

intimé aux fins du prédit exploit GALLE,

comparant par Maître Monique WIRION, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

en présence de C.), née le …, représentée par Maître Monique BEYAERT, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

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

Par jugement contradictoire du 16 févier 2012 le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière civile, a déclaré recevables et fondées la demande principale en divorce de A.) et la demande reconventionnelle en divorce de B.), a prononcé le divorce aux torts réciproques des parties, a confié la garde définitive de l'enfant commune mineure C.) à B.) , a accordé à A.) un droit de visite et d'hébergement chaque deuxième weekend du jeudi à la sortie des classes au dimanche, à 18.00 heures et les semaines où elle n'aura pas de droit de visite et d'hébergement le weekend, du jeudi à la sortie des classes au vendredi, à 19.00 heures, ainsi que, les années impaires, pendant les vacances de Carnaval, la deuxième moitié des vacances de Pâques, d'été et de Noël et les vacances de la Toussaint et, les années paires, pendant la première moitié des vacances de Pâques, d'été et de Noël et pendant les vacances de Pentecôte, à charge pour la mère de venir chercher l'enfant auprès de son père et de l'y ramener, a recommandé aux parties de suivre une médiation familiale en vue de rétablir des relations normales dans l'intérêt de l'enfant et afin d'apaiser le climat conflictuel qui règne actuellement entre eux, a dit non fondée la demande de la mère en obtention d'une pension alimentaire pour l'enfant, a condamné A.) à payer à B.) une pension alimentaire de 450 euros par mois à titre de contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant, s'est déclaré incompétent pour connaître de la demande en exécution provisoire du jugement quant aux mesures provisoires, a dit non fondées les demandes respectives des parties en obtention d'une indemnité de procédure et a imposé à chacune des parties la moitié des frais et dépens avec distraction au profit de Maître Monique WIRION.

Pour attribuer la garde de l'enfant C.) à son père, les juges de première instance ont retenu que B.) est plus disponible que A.) pour s'occuper de l'enfant. Ils se sont référés au rapport de la psychologue Catherine VERDIER relatant que C.) regretterait de ne plus vivre auprès de son père et décrivant une relation trop fusionnelle mère-fille et une inversion des rôles, l'enfant devant protéger sa mère. Ils ont en outre constaté que la mère refuse de participer à la médiation familiale recommandée par la Cour et ils ont finalement relevé qu'il ne ressortait d'aucun élément du dossier que l'épanouissement de l'enfant serait perturbé si la garde était confiée au père. Le tribunal n'a pas suivi les conclusions de Maître Monique BEYAERT, avocat de l'enfant, selon lesquelles C.) voudrait rester auprès de sa mère, le père contestant que l'enfant ait exprimé ce désir et critiquant le rapport de l'avocat qui ne serait pas impartial.

A.) a relevé appel de ce jugement par exploit d'huissier du 20 mars 2012 dans la mesure où la garde définitive de l'enfant C.) a été confiée à son père. Elle demande, par réformation du jugement entrepris, à se voir accorder la garde de l'enfant C.), subsidiairement, au cas où la garde resterait confiée au père, elle demande à ce que la garde soit exercée par le père au Luxembourg, étant donné que ce dernier n'a pas d'attaches au Luxembourg et a manifesté son intention de retourner vivre en France.

A l'appui de son appel A.) conteste que B.) soit plus disponible qu'elle-même pour s'occuper de C.). Elle explique que son poste actuel auprès de la BEI n'impliquerait quasiment plus de déplacements professionnels à l'étranger et elle aurait la possibilité de travailler à la maison les après-midis où l'enfant n'a pas d'école. En cas d'absence de la mère, C.) serait gardée par sa grand-mère maternelle vivant au

foyer de la mère, alors qu'au cours des absences fréquentes du père pour des raisons professionnelles, C.) serait confiée à une baby-sitter étrangère à la famille. A.) critique les rapports de la psychologue Catherine VERDIER qui n'aurait pas pris en compte les dires de l'enfant, mais aurait repris le discours du père. La mère se déclare encore d'accord à entamer une médiation familiale, telle que recommandée par le jugement entrepris, médiation qui a d'ailleurs commencé à l'heure actuelle. A.) conteste encore que l'enfant serait en échec scolaire depuis qu'elle vit auprès de sa mère, au contraire ses notes se seraient améliorées depuis que la garde lui a été confiée par l'arrêt de la Cour d'appel du 30 novembre 2011.

Rétroactes

Il convient de rappeler que A.) et B.) se sont mariés en 2004. Ils ont eu un enfant commun C.), née le …. Par assignation du 9 novembre 2009 A.) a demandé le divorce.

Par ordonnance de référé du 2 mars 2010 la garde provisoire de l'enfant C.), qui a vécu de manière continue avec sa mère depuis sa naissance, a été confiée à son père. Par ordonnance de référé du 23 mars 2010 la mère a obtenu un droit de visite auprès du service Treffpunkt chaque deuxième samedi, puis ce droit de visite a été progressivement élargi et la mère s'est vu attribuer, par un arrêt de la Cour du 19 janvier 2011, un droit d'hébergement chaque weekend ainsi que pendant la moitié des vacances scolaires. La Cour d'appel, par un arrêt du 30 novembre 2011, en tenant compte des sentiments et préférences de l'enfant exprimés par la voix de son avocat, a décidé de transférer la garde provisoire de l'enfant à sa mère et d'accorder au père un droit de visite et d'hébergement chaque deuxième weekend, les mardis et jeudis après-midi ainsi que pendant la moitié des vacances scolaires. L'enfant vit donc à l'heure actuelle à nouveau auprès de sa mère depuis près d'une année.

Disponibilité et milieu parental

B.) conclut à la confirmation du jugement entrepris dans la mesure où la garde de l'enfant C.) lui a été confiée.

Il affirme être plus disponible que la mère pour s'occuper de l'enfant. En effet il ne donnerait pas de cours au premier semestre de l'année universitaire 2012/2013 à Aix-en-Provence et au second semestre il regrouperait ses cours sur un ou deux jours par semaine, C.) étant alors gardée par des voisins ou amis. A.) ne serait pas à même, en raison de ses obligations professionnelles, de s'occuper personnellement de sa fille, mais elle la ferait garder par sa propre mère et le jeune concubin de cette dernière. Or la grand-mère maternelle ne serait pas en bonne santé, elle n'aurait pas le permis de conduire et elle ne parlerait pas le français, de sorte qu'elle ne pourrait aider C.) dans ses devoirs scolaires.

Il relève que l'enfant a eu un développement harmonieux au cours de la période pendant laquelle il en a eu la garde. Il fait valoir qu'il a maintenu un contact régulier de l'enfant avec ses frères et sœurs d'un autre lit et qu'il a respecté le droit de visite et d'hébergement de la mère. Il aurait pris soin des besoins physiques et psychiques de l'enfant, veillant à sa santé, lui faisant suivre tous les traitements orthophoniques et orthodontiques nécessaires, assurant son suivi scolaire et sa participation à des activités de loisirs avec ses camarades.

L'ensemble des éléments du dossier révèlent que les deux parents sont parfaitement aptes à assumer le droit de garde de leur enfant. Les attestations testimoniales versées de part et d'autre montrent que chacun des deux parents fait preuve de beaucoup d'amour et d'attention pour C.) qui très est attachée à ses deux parents. A.) et B.) sont à même d'offrir à l'enfant une situation matérielle égale, ainsi qu'une éducation physique et morale adéquates.

Il est incontestable que le père a des obligations professionnelles moins nombreuses et moins contraignantes que la mère, il a dès lors plus de temps disponible pour s'occuper de C.). Il découle également des pièces versées que B.) est un père engagé et qui a une relation très proche avec sa fille dont il est à même d'assurer tous les besoins. Il résulte toutefois des attestations testimoniales produites par la mère qu'elle est également très présente dans la vie scolaire et parascolaire de l'enfant. Elle a, par ailleurs, organisé un mode de garde satisfaisant pendant ses horaires de travail, C.) étant alors gardée à son domicile par sa grand-mère maternelle. Les critiques de B.) relatives à l'état de santé et au niveau intellectuel de la grand-mère maternelle laissent d'être établies et sont contredites par les pièces versées en cause, attestant qu'elle suit des cours de français et qu'elle a un diplôme universitaire en journalisme, ainsi que par les bons résultats scolaires actuels de l'enfant.

Avis de l'enfant

Maître Monique BEYAERT, représentant les intérêts de l'enfant dans la présente procédure, a exposé que C.) a beaucoup apprécié le retour auprès de sa mère après avoir été privée de tout contact avec elle pendant trois mois et n'avoir repris des relations ensuite, pour des raisons diverses, en partie indépendantes de la volonté des parties, que progressivement et difficilement pendant cinq autres mois subséquents. L'enfant aurait beaucoup souffert de la séparation prolongée de sa mère, elle aurait retrouvé avec beaucoup de joie sa maison familiale et son environnement tel le jardin, sa cabane, ses jouets. L'avocat de l'enfant recommande dès lors de maintenir C.) auprès de sa mère à laquelle elle serait très attachée. Par ailleurs C.) aurait clairement exprimé le désir de rester auprès de sa mère et de passer un weekend sur deux auprès de son père.

Au cas où la garde ne serait pas confiée à la mère, l'avocat de l'enfant préconise une expertise psychologique concernant les relations de l'enfant avec ses deux parents et l'institution éventuelle d'une garde alternée.

B.) critique l'affirmation de l'avocat de l'enfant que celle-ci aimerait rester auprès de sa mère, cette affirmation ne correspondant pas à la réalité.

La Cour n'a aucune raison de douter des affirmations de Maître Monique BEYAERT qui représente les intérêts de l'enfant auprès de la juridiction saisie de la question de la garde. D'autre part il est parfaitement possible que C.) déclare à chacun de ses deux parents qu'elle aimerait vivre auprès de lui, tous les éléments du dossier témoignant qu'en raison de la guerre ouverte que ne cessent de se livrer les parents, l'enfant se trouve au cœur d'un grave conflit de loyauté à leur égard.

L'avis de l'enfant ne doit pas être négligé, surtout à l'âge de neuf ans où un enfant a acquis une maturité et un discernement suffisants pour exprimer ses préférences. Le choix de l'enfant ne doit cependant pas être exclusif, la Cour doit en tenir compte, mais elle n'est pas liée par ce choix, d'autant plus si, comme en l'espèce, le désir de l'enfant est affecté par une pression de la part de l'un et l'autre des parents. En l'espèce la Cour estime être suffisamment informée des sentiments de C.) et n'entend pas procéder une nouvelle fois à son audition afin de ne pas lui demander une nouvelle fois de se positionner au sein du conflit parental.

Avis de la psychologue

Le père fait encore valoir que son épouse implique C.) dans la mésentente du couple. En outre elle chercherait par tous moyens à éloigner C.) de son père en le dénigrant et en exerçant sur l'enfant un chantage affectif de façon à créer un conflit de loyauté de l'enfant envers son père. La psychologue Catherine VERDIER aurait relevé une tentative de la mère de rompre le lien père-fille, tentative d'aliénation parentale dangereuse pour la santé et la construction psychique de C.).

La Cour se doit de constater, au travers des procédures judiciaires qui se sont succédé, que si l'enfant souffre de se trouver au cœur du conflit parental, les père et mère en sont responsables au même titre. En effet il résulte des prises de position des parties exprimées dans des rapports et e-mails versés au dossier ainsi que des conclusions de leurs mandataires exprimant avec virulence des positions diamétralement opposées que A.) et B.) sont incapables, en raison de leurs rancunes personnelles, de dominer leurs propres griefs dans leurs relations avec l'enfant. Au contraire il apparaît que leur désaccord à l'origine de leur séparation se perpétue tout au long de la procédure au travers de l'enfant qui en devient à la fois l'enjeu et l'instrument.

Force est de relever que la communication entre les parties n'était pas meilleure à l'époque où le père avait la garde et les rapports conflictuels du couple ne se sont pas améliorés tout au long de la procédure de divorce, en dépit de recommandations répétées d'entamer une médiation par les différentes juridictions qui ont eu à connaître du divorce.

Rien ne permet dès lors d'admettre que les relations entre les parties s'apaiseraient et que le risque d'une aliénation parentale serait moindre si la garde était confiée au père.

Appréciation de la Cour

Le seul critère qui doit déterminer le juge appelé à statuer sur la garde d'un enfant est l'intérêt supérieur de ce dernier. Il tiendra compte non seulement des besoins moraux, intellectuels, affectifs et physiques de l'enfant, mais encore de son âge, de sa santé, de son caractère, de son milieu familial. La notion du meilleur intérêt de l'enfant est une question d'équilibre entre ses divers besoins. S'il est vrai qu'une plus grande disponibilité pour s'occuper de l'enfant peut constituer un critère utile pour déterminer l'intérêt de l'enfant et partant pour déterminer le parent auquel la garde doit être attribuée, ce critère est cependant à considérer parmi d'autres éléments tenant aux parents ou à l'enfant. Parmi ces éléments un critère essentiel est le besoin de stabilité de l'enfant et de continuité de sa situation, ce qui implique d'éviter autant que possible de changer l'enfant de son milieu. Si l'enfant se développe bien dans le mode de vie dans lequel il évolue, il n'est pas dans son intérêt de modifier la situation, à moins qu'il existe des raisons d'une grande importance qui justifient, dans l'intérêt de l'enfant, un tel changement.

En l'espèce force est de relever qu'il découle des conclusions de l'avocat de l'enfant que C.) s'est épanouie depuis son retour dans le milieu de la mère et qu'elle a retrouvé une forme d'équilibre entre ses parents. C.) a exprimé sa préférence de rester auprès de sa mère et de passer le weekend avec son père. Il n'existe aucun élément concret au dossier en défaveur de la mère, l'expertise psychiatrique n'ayant révélé aucune maladie psychiatrique ni aucun trouble de la personnalité.

La Cour est d'avis que C.), qui n'a que neuf ans, a encore un grand besoin de sa mère à ses côtés à laquelle elle est très attachée et avec laquelle elle a une relation très affectueuse et très étroite. Il n'est pas dans l'intérêt de l'enfant, qui continue de souffrir du conflit violent et récurrent de ses parents, d'être à nouveau retirée du milieu maternel dans lequel elle évolue bien depuis une année, de devoir quitter sa maison familiale et son environnement social. L'enfant a besoin d'un port d'attache qui en l'espèce est le milieu maternel et dont il ne convient pas de la séparer.

Il y a dès lors lieu, par réformation du jugement entrepris, de confier la garde définitive de C.) à sa mère et ce pour le plus grand bien dudit enfant.

B.) a demandé à titre subsidiaire, au cas où la garde resterait confiée à la mère, à voir refixer les débats concernant son droit de visite et d'hébergement et concernant le volet financier.

Conformément aux conclusions subsidiaires de B.), il y a lieu à instruction supplémentaire concernant le droit de visite et d'hébergement à accorder au père et concernant le volet financier.

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,

reçoit l'appel de A.) en la forme ;

le dit fondé ;

par réformation, confie la garde définitive de l'enfant commune mineure C.), née le …, à A.);

dit qu'il y a lieu à instruction supplémentaire concernant le droit de visite et d'hébergement du père et concernant le volet financier ;

enjoint aux parties de conclure concernant le droit de visite et d'hébergement du père et concernant le volet financier ;

dit que cette instruction se fera sous le contrôle du magistrat de la mise en état ;

réserve les frais.

La lecture du présent arrêt a été faite en la prédite audience publique par Madame Joséane SCHROEDER, premier conseiller, président, en présence de Madame Antoinette PASCUCCI, greffier.

Monsieur le Président de chambre Jean-Claude WIWNIUS, qui a pris part au délibéré, étant dans l'impossibilité de ce faire, la minute du présent arrêt est signée, conformément à l'article 82 de la loi modifiée du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire, par le conseiller le plus ancien en rang ayant concouru à l'arrêt.