

**Arrêt N° 77/19 - I – DIV mes. prov. (aff.fam.)**

**Arrêt civil**

**Audience publique du trois mai deux mille dix-neuf**

Numéro CAL-2019-00057 du rôle

rendu par la première chambre de la Cour d'appel, siégeant en matière civile, dans la cause

**Entre :**

**A**, né le (...), demeurant à L-(...),

appelant aux termes d'une requête d'appel déposée au greffe de la Cour d'appel le 18 janvier 2019,

comparant en personne et représenté par Maître Sibel DEMIR, en remplacement de Maître Jean-Georges GREMLING, avocats à la Cour, les deux demeurant à Luxembourg,

**et :**

**B**, née le (...), demeurant à F-(...),

intimée aux fins de la prédite requête d'appel,

comparant en personne et représentée par Maître Carine COÏ-MAITZNER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

-----  
**LA COUR D'APPEL :**

Suivant jugement civil contradictoire du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 15 mars 2018, le divorce entre A et B a été prononcé et les mesures accessoires ont été réservées à la demande des parties.

Par ordonnance du juge des référés, siégeant en remplacement du président du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, du 3 juillet 2018, la garde provisoire de l'enfant commun mineur ENFANT1, né le 4 décembre 2004, a été confiée à la mère et un droit de visite et d'hébergement a été accordé au père chaque deuxième fin de semaine.

Par requête déposée le 30 novembre 2018 au greffe du tribunal d'arrondissement, A a demandé à se voir confier la garde provisoire de l'enfant commun mineur ENFANT1, sinon à voir fixer la résidence habituelle de l'enfant auprès de lui.

Par ordonnance du 2 janvier 2019, le juge aux affaires familiales, « siégeant comme juge des référés », a reçu cette demande, s'est déclaré compétent pour en connaître et a, avant tout autre progrès, ordonné une expertise ayant pour objet les capacités éducatives de la mère, la relation entre les parents et leurs capacités à respecter les droits de l'autre parent et l'état de santé de l'enfant, en attendant la décision à prendre suite à la mesure d'instruction, il a fixé la résidence de l'enfant à titre provisoire auprès du père et a attribué à la mère un droit de visite et d'hébergement provisoire du lundi au lundi suivant en période scolaire, ainsi que pendant la moitié des vacances de Pâques « 2018 », pendant les vacances de Pentecôte « 2018 » et du 1<sup>er</sup> août au 31 août « 2018 ».

Par requête déposée le 18 janvier 2019 au greffe de la Cour, A a interjeté appel contre cette ordonnance, il demande à voir supprimer le droit de visite et d'hébergement accordé à la mère pendant chaque deuxième semaine et à limiter ce droit au week-end du vendredi à la sortie de l'école au dimanche 18.00 heures.

A l'audience du 29 mars 2019, la question du respect des règles de procédure relevant de l'organisation judiciaire, qui sont d'ordre public, a été soulevée d'office, notamment celle de la compétence du juge aux affaires familiales pour connaître de la demande A en changement de la décision du juge des référés.

La partie appelante soutient qu'une instance au fond relative aux mesures accessoires est toujours pendante, que l'instance en référé a cessé avec l'ordonnance du 3 juillet 2018, qu'une nouvelle instance est née avec la saisine du juge aux affaires familiales et que les dispositions de l'article 267bis du Code civil sont inopérantes, étant donné que ledit article a été abrogé.

La partie intimée se rapporte à la sagesse de la Cour quant au problème soulevé.

A titre liminaire, il y a lieu de dire que le juge aux affaires familiales n'a pas été saisi en l'espèce sur base de l'article 1007-49 du Nouveau Code de procédure civile et que conformément à l'article 332 du Nouveau Code de procédure civile seul le président du tribunal d'arrondissement ou le juge qui le remplace statue en référé de sorte qu'à défaut de délégation, le juge aux affaires familiales ne saurait dire qu'il siège comme juge des référés.

En l'occurrence, il s'agit de déterminer la loi applicable à la présente demande, qui déterminera également la compétence du juge saisi.

Les dispositions transitoires de la loi du 27 juin 2018 instituant le juge aux affaires familiales prévoient, en l'article 15, alinéa 1<sup>er</sup>, que « *Lorsqu'une action a été introduite avant l'entrée en vigueur de la présente loi, l'action est poursuivie et jugée conformément à la loi ancienne. Cette loi s'applique également en appel et en cassation. (...)* ».

Les travaux parlementaires relatifs au projet de loi n° 6996 instituant le juge aux affaires familiales et portant réforme du divorce et de l'autorité parentale apportent l'explication que les actions introduites avant l'entrée en vigueur de la loi « *continuent à être régies par les dispositions légales actuelles applicables, tant au niveau de la procédure qu'au fond* » (cf. Doc. parl. N° 6996, session ord. 2015/2016, commentaire des articles, sub. article 16 – dispositions transitoires, p. 117). Il ressort de l'ensemble des documents parlementaires en question que cette position n'a plus été changée par la suite.

En disposant que les actions introduites avant le 1<sup>er</sup> novembre 2018 seront poursuivies et jugées conformément à la loi ancienne, ce texte constitue une dérogation au principe général de l'application immédiate des lois de procédure. Les nouvelles dispositions ne seront pas applicables aux procès en cours.

Partant toute action en divorce ou en séparation de corps introduite avant le 1<sup>er</sup> novembre 2018 est à toiser conformément à la loi ancienne tant en ce qui concerne la procédure, donc la compétence, la saisine et les voies de recours, qu'en ce qui concerne le fond de l'affaire.

Les anciens articles 267 et suivants du Code civil relatifs aux mesures provisoires dans le cadre d'un divorce pour faute sont abrogés dans la même mesure que les anciens articles 229 et suivants du Code civil, mais ils survivent nécessairement tant qu'une action en divorce introduite avant le 1<sup>er</sup> novembre 2018 reste pendante et n'a pas été vidée par une décision coulée en force de chose jugée.

Par ailleurs tout comme la chambre civile du tribunal d'arrondissement continue à juger les demandes en divorce introduites avant le 1<sup>er</sup> novembre 2018, le président du tribunal d'arrondissement continue à être saisi par voie d'assignation afin de connaître des mesures provisoires y relatives sur base de l'ancien article 267bis du Code civil.

Le terme d'action employé à l'article 15 de la loi du 27 juin 2018, défini comme voie de droit d'ordre général, est à comprendre au sens large. Il vise la procédure depuis l'introduction de la demande en divorce jusqu'à la date où l'instance en divorce, toutes demandes confondues, aura été vidée par une décision coulée en force de chose jugée et il englobe en conséquence toutes les instances relatives aux mesures provisoires, aux mesures accessoires et au partage et à la liquidation du régime matrimonial.

En l'occurrence, l'appelant demande à voir modifier l'ordonnance du 3 juillet 2018 du juge des référés ayant confié la garde provisoire de ENFANT1 à la mère.

L'article 15, alinéa 2 de la loi du 27 juin 2018 relatif aux dispositions transitoires précise que les décisions judiciaires prononcées sous l'empire de la loi ancienne ne peuvent être remises en cause par une action nouvelle devant le juge aux affaires familiales que si les conditions de la nouvelle loi sont respectées.

Or, les articles 1007-45 et 1007-46 du Nouveau Code de procédure civile conditionnent la recevabilité d'une requête ayant pour objet des mesures provisoires, par le dépôt, concomitant ou préalable, d'une requête au fond. En l'occurrence, le juge aux affaires familiales ne se trouve pas saisi d'une requête au fond.

Il serait étrange, à ce titre, de voir statuer le juge aux affaires familiales dans le cadre d'un divorce pour faute alors que le nouvel article 229 du Code civil ne prévoit plus une telle procédure.

Par ailleurs quant aux modalités des mesures provisoires, les nouveaux articles 246, 247, 248 et 253 du Code civil ne font plus de différence entre les mesures prises en cours de procédure et celles prises postérieurement au jugement de divorce, tandis que l'ancienne loi différencie nettement les droits et obligations des époux pendant ces deux périodes.

Partant la demande introduite après le 1<sup>er</sup> novembre 2018 dans le cadre d'une procédure de divorce antérieurement entamée et ayant pour objet des mesures provisoires ne constitue pas une nouvelle action au sens de l'article 15 de la loi du 27 juin 2018.

La procédure de divorce introduite le 29 mars 2017 est toujours pendante devant une chambre civile du tribunal d'arrondissement afin de voir régler définitivement les mesures accessoires et le président de ce tribunal est à saisir par voie d'assignation pour connaître des mesures urgentes et provisoires.

Comme au sein du tribunal d'arrondissement des compétences spéciales en matière de mesures provisoires dans le cadre d'un divorce sont attribuées à deux magistrats différents, en l'espèce le président du tribunal d'arrondissement sous l'empire de la loi ancienne et le juge aux affaires familiales depuis l'entrée en vigueur de la loi du 27 juin 2018, il y a lieu de dire que le juge aux affaires familiales saisi est incompétent pour connaître de la requête déposée le 30 novembre 2018.

### **Par ces motifs**

la Cour d'appel, première chambre, siégeant publiquement et en matière civile, statuant contradictoirement, les parties, leurs conseils et le représentant du ministère public entendus en leurs conclusions,

reçoit l'appel en la forme,

#### **réformant,**

dit que le juge aux affaires familiales est incompétent pour connaître de la requête déposée le 30 novembre 2018,

laisse les frais des deux instances à charge de l'appelant.

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

Odette PAULY, président de chambre,  
Rita BIEL, conseiller,  
Yannick DIDLINGER, conseiller,  
Brigitte COLLING, greffier.