

**Arrêt N°279/21 - I - DIV (aff. fam.)
(Demande d'assigner à bref délai)**

Arrêt civil

Audience publique du vingt-deux décembre deux mille vingt-et-un

Numéro CAL-2021-01116 du rôle

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

Entre :

A., née le (...) à (...), demeurant à L-(...),

demanderesse aux termes d'une requête en défenses à exécution provisoire
déposée au greffe de la Cour d'appel le 26 novembre 2021,

représentée par Maître Vânia FERNANDES, avocat à la Cour, demeurant à
Luxembourg,

et :

B., né le (...), demeurant à L-(...), résidant de fait à L-(...), (...),

défendeur aux fins de la susdite requête en défenses à exécution provisoire,

représenté par la société à responsabilité limitée WASSENICH LAW, établie
et ayant son siège social à L-2134 Luxembourg, 54, rue Charles Martel,
inscrite à la liste V du tableau de l'Ordre des avocats du Barreau de
Luxembourg, immatriculée au Registre de commerce et des sociétés de
Luxembourg sous le numéro B207545, représentée aux fins de la présente
instance par Maître Marie-Pierre BEZZINA, en remplacement de Maître
Claude WASSENICH, avocats à la Cour, les deux demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Statuant sur une requête de A. dirigée contre B., déposée au greffe du juge
aux affaires familiales près le tribunal d'arrondissement de Luxembourg le 6
août 2021 et tendant au divorce des parties sur base de l'article 232 du Code
civil, le juge aux affaires familiales près le tribunal d'arrondissement de
Luxembourg, statuant suite à une première ordonnance du 4 octobre 2021,
a, par ordonnance du 12 novembre 2021, notamment

- dit la demande d'B. en obtention d'un délai de réflexion recevable et fondée et fixé la durée de ce délai de réflexion à 8 semaines,
- invité A. et B. à se présenter devant un médiateur agréé pour une réunion d'information gratuite en vue d'une médiation, aux heure et date à convenir par eux avec ledit service et invité les parties à se mettre en rapport avec ledit service dans les plus brefs délais,
- accordé provisoirement et jusqu'à la continuation des débats un droit de visite à B. envers les trois enfants communs mineurs C., né le (...), D., né le (...), et E., née le (...), sauf meilleur accord des parties, tous les dimanches de 15.00 heures à 17.00 heures, et pour la première fois le 21 novembre 2021, soit en présence de F., si celle-ci est d'accord, soit de manière non encadrée par une tierce personne, pour le cas où F. ne serait pas d'accord d'assister les parties,
- en plus de ce droit de visite exercé en personne, mis en place un contact téléphonique par « *face-time* » entre le père et les enfants tous les mercredis, et pour la première fois le 17 novembre 2021, suivant un horaire à convenir entre parties et à défaut d'accord à 18.00 heures et précisé que pour autant que l'enfant commun mineur aîné n'ait pas encore de téléphone mobile personnel à sa disposition, la mère est invitée à débloquer son téléphone pour pouvoir recevoir des appels du père, sinon d'appeler elle-même le père tous les mercredis en vue de l'exercice dudit droit de correspondance,
- condamné B. à payer à A. une contribution mensuelle provisoire à l'entretien et à l'éducation des enfants communs mineurs C., D. et E. de 100 euros par mois et par enfant à partir du 6 août 2021, portable et payable le premier jour de chaque mois et à adapter de plein droit et sans mise en demeure préalable aux variations de l'échelle mobile des salaires,
- dit que l'ordonnance est d'application immédiate et exécutoire nonobstant toute voie de recours,
- précisé que les décisions prises valent au provisoire et qu'elles ne préjudicient pas des décisions à intervenir au fond,
- avant tout progrès en cause, désigné un avocat des enfants communs, avec la mission d'entendre les mineurs et de faire rapport au tribunal quant au résultat de l'audition des enfants mineurs et sur ce que leur intérêt requiert,
- avant tout autre progrès en cause, ordonné une enquête sociale aux fins de déterminer la situation personnelle des parties, leur milieu familial et social tout comme leurs capacités éducatives, les possibilités de réalisation de leurs projets respectifs quant aux modalités d'exercice de l'autorité parentale, ainsi que tous les éléments permettant de se prononcer sur l'intérêt des mineurs C., D. et E. et commis le Service Central d'Assistance Sociale à ces fins,
- refixé l'affaire à une audience ultérieure pour continuation des débats et réservé les frais et dépens.

Par assignation à bref délai du 2 décembre 2021, A. demande à la Cour d'ordonner des défenses à exécution provisoire prononcée par la décision du 12 novembre 2021 et de condamner la partie défenderesse aux frais et dépens de l'instance.

A l'appui de sa demande, A. expose qu'elle a interjeté appel limité contre l'ordonnance du 12 novembre 2021 qui méconnaîtrait l'intérêt des enfants

communs. Elle reproche au juge aux affaires familiales d'avoir ordonné l'exécution provisoire de sa décision, alors qu'il a statué au sujet de l'obtention d'un délai de réflexion, en institution d'une médiation et en attribution d'un droit de visite et d'un droit de correspondance téléphonique au père à l'égard des enfants communs. Ces décisions n'entreraient pas dans le champ d'application de l'article 1007-58 du Nouveau Code de procédure civile, ni dans celui de l'article 244, première phrase du même code, mais relèveraient du pouvoir du juge d'ordonner facultativement l'exécution provisoire, moyennant une motivation spéciale, prévu par l'article 244 *in fine* du Nouveau Code de procédure civile. Or, en l'occurrence, le juge aux affaires familiales n'aurait pas spécialement motivé sa décision.

L'exécution provisoire ne se justifierait pas dans le cadre de la présente affaire, eu égard notamment aux scènes de violence entre époux auxquelles les enfants auraient assisté, qui auraient conduit à l'expulsion de l'époux du domicile familial le 21 juin 2021, qui auraient traumatisé les enfants communs et pour lesquelles B. serait cité devant le tribunal correctionnel le 9 décembre 2021.

B. minimiserait les faits et essaierait de justifier ses actes par le comportement prétendument fautif de la victime. A aucun moment il n'aurait exprimé le moindre regret ou présenté une excuse, tout en soutenant vouloir sauver le mariage des parties.

De plus, le 6 octobre 2021, il aurait regagné le domicile conjugal malgré l'ordonnance de résidence séparée du 4 octobre 2021 et, lors de l'intervention de la police, il aurait crié haut et fort, en présence des enfants, qu'il n'avait ni peur de la police ni de la prison et qu'il résilierait le contrat de bail pour que la mère et les enfants se trouvent à la rue. Les enfants seraient de nouveau traumatisés à l'idée que la famille n'ait plus de toit à l'avenir.

Finalement, le père n'aurait plus eu de contact avec les enfants depuis presque 4 mois.

A. ne s'oppose pas à un droit de visite progressif et encadré, mais le droit de visite tel que fixé par le juge aux affaires familiales au profit d'B. serait contraire à l'intérêt des enfants qui auraient besoin de temps pour repartir sur de bonnes bases. La demanderesse relève encore que la tierce personne de confiance désignée par le juge aux affaires familiales a refusé d'intervenir et qu'B. loue actuellement une chambre trop petite pour lui permettre d'accueillir les enfants. Il n'y aurait donc aucune urgence à ce que le père force le contact avec les enfants qui ne seraient pas disposés à le rencontrer, ni même de lui parler par voie de *face-time*, à l'heure actuelle. L'avocat des enfants n'aurait pas encore eu l'occasion de leur parler et le rapport d'enquête sociale ne serait pas encore établi.

En l'absence d'urgence et dans un souci de ne pas bouleverser l'équilibre fragile des enfants qui poursuivraient des thérapies, il conviendrait de faire défenses à exécution provisoire concernant le délai de réflexion accordé à l'époux ainsi que la médiation familiale, ces deux mesures ayant été refusées par A. et concernant l'obligation des enfants de contacter le père tous les mercredis et de lui rendre visite chaque dimanche.

B. fait répliquer que tant le délai de réflexion lui accordé concernant la rupture irrémédiable des relations conjugales que l'invitation des parties à suivre une médiation familiale tombent dans les mesures provisoires que le juge aux affaires familiales peut ordonner pendant la procédure de divorce. Le délai de réflexion serait légalement prévu en cas d'opposition d'un des époux au divorce et A. ne serait pas forcée de participer à la médiation prévue par les dispositions de l'article 1007-4 du Nouveau Code de procédure civile, de sorte que ces décisions ne préjudicieraient en rien le fond de la demande en divorce. Concernant le droit de visite et le droit de correspondance téléphonique mis en place par le juge aux affaires familiales, ces mesures relèveraient également des mesures provisoires que le juge aux affaires familiales peut prendre à l'égard des enfants de parents se trouvant en instance de divorce en vertu des dispositions de l'article 1007-45 du Nouveau Code de procédure civile et qui seraient exécutoires par provision de droit en vertu des dispositions de l'article 1007-58 du même code. Il y aurait finalement urgence à ce que le père, qui se serait toujours bien occupé de ses enfants et qui n'aurait plus vu ceux-ci, malgré la décision du 12 novembre 2021, depuis le mois de juin 2021, revoie ses enfants et puisse remettre en place un contact avec eux. Une seule correspondance téléphonique aurait eu lieu depuis l'ordonnance du 12 novembre 2021. La mère instrumentaliserait les enfants dans le cadre de la procédure de divorce et il ne se dégagerait d'aucun élément que les enfants communs, qui étaient présents lors des disputes entre parents, soient traumatisés ou qu'ils refusent tout contact avec le père. La tierce personne désignée par le juge aux affaires familiales ayant refusé d'intervenir, il aurait demandé à la mère de désigner une autre personne de confiance, ce que cette dernière refuserait.

La demande de A. en défenses à exécution provisoire ne serait donc pas fondée.

A. fait répondre que l'effet suspensif de l'appel est le principe et que les dispositions de l'article 1007-58 du Nouveau Code de procédure civile doivent donc être interprétées restrictivement. L'octroi d'un délai de réflexion et la mise en place d'une médiation familiale ne relèveraient pas des pouvoirs confiés au juge par les dispositions de l'article 1007-45 du Nouveau Code de procédure civile et l'exécution provisoire concernant ces mesures ne serait donc pas de droit. Le droit de visite et le droit de correspondance téléphonique à l'égard des enfants communs ne seraient pas non plus expressément prévus par l'article 1007-58 du Nouveau Code de procédure civile.

Appréciation de la Cour

La demande de A., qui a été introduite dans la forme de la loi, est recevable.

Aux termes de l'article 590 du Nouveau Code de procédure civile, si l'exécution provisoire a été ordonnée hors des cas prévus par la loi, l'appelant pourra obtenir des défenses à l'audience, sur assignation à bref délai.

Si l'exécution est de droit, l'article 591 du Nouveau Code de procédure civile dispose qu'il ne pourra être accordé des défenses, ni être rendu aucun

jugement tendant à arrêter directement ou indirectement l'exécution du jugement, à peine de nullité.

A cet égard, l'article 1007-58 du Nouveau Code de procédure civile sur lequel s'est basé le juge aux affaires familiales dans son ordonnance du 12 novembre 2021, dispose que « *les mesures portant sur l'exercice de l'autorité parentale, la pension alimentaire, la contribution à l'entretien et l'éducation de l'enfant et la contribution aux charges du mariage, les mesures provisoires prises en cours de procédure de divorce ainsi que les mesures urgentes et provisoires ordonnées en cas de cessation d'un partenariat sont exécutoires à titre provisoire* ».

Comme les mesures prises par le juge aux affaires familiales l'ont été expressément à titre provisoire et pendant une instance en divorce, elles ont été prises en vertu de la disposition de l'article 1007-58 précité se référant aux « *mesures provisoires prises en cours de procédure de divorce* ».

Aux fins de cerner les mesures pouvant être prises pendant la procédure de divorce, il convient de se référer aux dispositions de l'article 1007-45 du Nouveau Code de procédure civile prévoyant qu' « *à la demande des conjoints ou de l'un d'eux formée, soit dans la requête visée à l'article 1007-24, soit au cours de la procédure portant sur le fond, le tribunal peut à tout moment prendre une ordonnance portant sur des mesures provisoires relatives à la personne, aux aliments et aux biens, tant des conjoints que des enfants* ».

L'article 234 du Code civil dispose que « *chacun des conjoints peut demander des mesures provisoires relatives à la personne, aux aliments et aux biens, tant des conjoints que des enfants* ».

Contrairement au Code civil français qui énumère les mesures provisoires que peut prendre le juge aux affaires familiales pendant l'instance dans le cadre d'un divorce judiciaire aux articles 254 à 256, dont l'article 255 prévoit notamment la mise en place d'une mesure de médiation, ni le Nouveau Code de procédure civile, ni le Code civil luxembourgeois ne définissent de manière précise les mesures provisoires que peut prendre le juge aux affaires familiales pendant la procédure de divorce.

Concernant la médiation, l'article 1007-4 du Nouveau Code de procédure civile, figurant sous le chapitre des « *dispositions générales* » applicables devant le juge aux affaires familiales dit que « *le juge aux affaires familiales entend personnellement chacune des parties et a pour mission de tenter de les concilier. (...) Saisi d'un litige, le juge aux affaires familiales peut proposer une mesure de médiation et, après avoir recueilli l'accord des parties, désigner un médiateur pour y procéder. Le juge aux affaires familiales peut également enjoindre aux parties de rencontrer un médiateur qui les informera sur l'objet et le déroulement de cette mesure* ».

Aucune disposition légale spéciale à la matière du divorce ne permet d'écarter ce pouvoir conciliateur général du juge aux affaires familiales dans le cadre d'un divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales, notamment dans l'hypothèse où les deux époux ne sont pas d'accord pour admettre la rupture irrémédiable de leurs relations.

La mesure ne préjudicie pas le fond du divorce et elle permet aux époux, soit de se réconcilier, soit de parvenir à un accord sur les conséquences de leur divorce, notamment en ce qui concerne leurs enfants et leurs biens.

Il s'agit donc bien d'une mesure provisoire qui concerne les conjoints, et, le cas échéant, leurs enfants, et qui n'aura plus d'objet lorsque le divorce sera prononcé et que les conséquences du divorce auront été toisées par une décision au fond.

Le délai de réflexion que peut accorder le juge aux affaires familiales aux époux en cas de désaccord au sujet de la rupture définitive des relations conjugales en vertu des dispositions de l'article 1007-29 du Nouveau Code de procédure civile tend à la même fin de conciliation et, le cas échéant, d'obtention d'un accord par les candidats au divorce au sujet des conséquences patrimoniales et extra-patrimoniales de celui-ci. La mesure ne préjudicie pas la décision à intervenir au fond et elle prend fin le jour du prononcé du divorce.

En dépit du fait que l'octroi d'un délai de réflexion soit prévu dans le Nouveau Code de procédure civile parmi les règles concernant le « *fond* » du divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales et que le maintien par l'un des époux de sa demande en divorce au bout de la période de réflexion lui permettra d'établir la rupture irrémédiable des relations conjugales, l'octroi dudit délai constitue une mesure provisoire s'inscrivant dans la phase de conciliation voulue par le législateur avant le prononcé du divorce pour rupture irrémédiable.

Finalement l'octroi au père, à titre provisoire, d'un droit de visite à l'égard des enfants communs et d'un droit de correspondance téléphonique, relève des mesures touchant à l'autorité parentale relativement à la personne des enfants telle que prévue à l'article 372 du Code civil disant que « *l'autorité parentale est l'ensemble des droits et devoirs ayant pour finalité l'intérêt supérieur de l'enfant* », dont notamment le droit de l'enfant « *d'entretenir des relations personnelles avec ses ascendants* » prévu par l'article 374 du même code.

L'article 376 du Code civil précise encore que « *la séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale* » et que « *chacun des parents doit maintenir des relations personnelles avec l'enfant et respecter les liens de celui-ci avec l'autre parent* ».

Saisi d'une demande en divorce de parents séparés et en l'absence d'accord de ceux-ci notamment au sujet du domicile des enfants communs, de leur résidence, du droit de visite et d'hébergement, sinon du simple droit de visite ou du seul droit de correspondance téléphonique à exercer à l'égard de ceux-ci et à la contribution de l'époux non attributaire de la résidence habituelle des enfants à l'entretien et à l'éducation de ceux-ci, le juge aux affaires familiales est amené à prendre des mesures provisoires quant à la personne des enfants du couple séparé pendant l'instance en divorce, conformément à l'article 1007-45 précité du Nouveau Code de procédure civile.

Il suit de tous les développements ci-dessus que les mesures critiquées par A. relèvent des « *mesures provisoires relatives à la personne, aux aliments et aux biens, tant des conjoints que des enfants* » prévues par l'article 1007-45 du Nouveau Code de procédure civile et que ces mesures sont exécutoires par provision de droit à titre de « *mesures provisoires prises en cours de procédure de divorce* » en vertu des dispositions de l'article 1007-58 du même code.

La demande de A. de faire défense à B. d'exécuter l'ordonnance du 12 novembre 2021 n'est donc pas fondée, par application de l'article 591 du Nouveau Code de procédure civile cité ci-dessus.

Succombant à l'instance, A. doit en supporter les frais et dépens.

PAR CES MOTIFS

la Cour d'appel, première chambre, siégeant en matière de défenses à exécution provisoire, statuant contradictoirement,

reçoit la demande en la forme,

la dit non fondée,

condamne A. aux frais et dépens de l'instance.

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

Yannick DIDLINGER, conseiller-président,
Michèle HORNICK, conseiller,
Thierry SCHILTZ, conseiller
Amra ADROVIC, greffier.