

Arrêt référé (divorce).

Audience publique du six décembre deux mille six.

Numéro 31024 du rôle.

Composition:

*Léa MOUSEL, président de chambre;
Françoise MANGEOT, conseiller;
Gilbert HOFFMANN, conseiller, et
Jean-Paul TACCHINI, greffier.*

E n t r e :

*A), boucher, demeurant à (...),
appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Guy Engel
de Luxembourg en date du 23 décembre 2005,
comparant par Maître Estelle Plançon, avocat à Luxembourg,*

e t :

*B), femme de charge, demeurant à (...),
intimée aux fins du susdit exploit Guy Engel, admise au bénéfice de
l'assistance judiciaire,
comparant par Maître João Nuno Pereira, avocat à Luxembourg.*

LA COUR D'APPEL:

Le juge des référés de Luxembourg, réglant les mesures provisoires durant la procédure de divorce des parties, a, par une décision du 13 décembre 2005 rendue par défaut à l'égard de **A)**, autorisé **B)** à résider séparée de son époux à (...), a confié à **B)** la garde provisoire des enfants communs **ENF1)**, né le (...), et **ENF2)**, né le (...), a condamné **A)** à payer à **B)** à partir du 1^{er} décembre 2005 un secours alimentaire mensuel indexé de 700.- euros dont 200.- euros pour l'épouse à titre personnel et 500.- euros, soit 250.-euros par enfant, du chef de contribution aux frais

d'entretien et d'éducation des enfants communs mineurs **ENF1)** et **ENF2)**.

A) a, par exploit de l'huissier de justice Guy Engel de Luxembourg du 23 décembre 2005, régulièrement relevé appel de cette décision qui lui avait été signifiée le 15 décembre 2005.

Excipant d'une lésion de ses droits de la défense, il conclut en premier lieu à respectivement la nullité de l'assignation en référé divorce et l'irrecevabilité de la demande ainsi qu'à la nullité de l'ordonnance de référé du 13 décembre 2005.

Il demande en second lieu que **B)** soit déboutée de ses prétentions relatives à un secours alimentaire à titre personnel. À titre plus subsidiaire, il requiert une réduction du montant retenu de ce chef par le juge du premier degré. En ordre plus subsidiaire encore, il soutient que le secours alimentaire redû à l'intimée devrait être limité à une durée de trois mois à compter de la signification de l'ordonnance entreprise. Il sollicite, par ailleurs, en ce qui concerne les enfants mineurs communs, un droit de visite et d'hébergement ou du moins un droit de visite.

Contestant l'existence dans le chef de l'appelant d'une lésion des droits de la défense, l'intimée conclut au rejet du moyen d'appel principal tiré de la nullité de la demande introductive de première instance et de la décision du 13 décembre 2005.

Elle demande d'abord la confirmation de l'ordonnance déferée en ce qui concerne le secours alimentaire qu'elle réclame à titre personnel.

L'intimée est ensuite d'accord à ce que le père obtienne pour les enfants mineurs communs les droits de visite et d'hébergement sollicités, soit tous les quinze jours du samedi à 19.30 heures au dimanche à 20.00 heures ainsi que pendant la moitié des vacances scolaires. Elle précise seulement que ces droits devraient être exercés par le père et non pas par une tierce personne.

B) interjette néanmoins appel incident et requiert l'allocation d'un montant mensuel de 600.- euros, soit 300.- euros par enfant, du chef de contribution aux frais d'éducation et d'entretien des deux enfants mineurs communs dont elle a la garde provisoire.

A) adhère à cette demande.

Quant à la procédure

L'appelant fait exposer que même si aucun délai d'assignation n'est prévu par le nouveau code de procédure civile en matière de référé, il n'en reste pas moins qu'*«il incombe au demandeur d'assigner en respectant un délai minimum entre l'assignation et l'audience afin de permettre à la partie assignée de préparer sa défense»*. L'article 937 du nouveau code de procédure civile imposerait d'ailleurs au juge de s'assurer qu'*«il s'est écoulé un temps suffisant entre l'assignation et l'audience pour que la partie assignée ait pu préparer sa défense»*.

En l'espèce, **B)** aurait, par exploit d'huissier du vendredi, 9 décembre 2005, fait assigner **A)** pour l'audience du juge des référés du lundi, 12 décembre 2005. **A)**, qui travaillerait du lundi au samedi, n'aurait été en mesure ni de contacter un avocat en vue de préparer utilement sa défense ni même de s'organiser avec son employeur afin de pouvoir se présenter à ladite audience.

L'intimée relève que l'assignation se serait trouvée dans la boîte aux lettres de l'immeuble dans lequel **A)** aurait habité et estime que le délai aurait été suffisant pour permettre à ce dernier d'assurer sa défense.

Le nouveau code de procédure civile ne fixe pas le délai minimum à observer entre l'assignation et le jour de l'audience à laquelle celle-ci est portée. Le juge des référés a cependant, en vertu de l'article 937 du nouveau code de procédure civile – surtout en cas de défaut et si l'assignation n'a pas été remise à la personne du défendeur –, le devoir de s'assurer que le délai est suffisant pour que le défendeur puisse préparer sa défense. Si, eu égard aux circonstances de la cause ou à l'éloignement du défendeur, il apparaît que l'assignation a été délivrée à une date trop rapprochée, le juge peut soit renvoyer l'affaire à une prochaine audience, en prenant la précaution de faire réassigner le défendeur si celui-ci n'a pas comparu, soit annuler l'assignation.

B) a, par acte de l'huissier de justice Guy Engel du 9 décembre 2005, donné assignation à **A)** – à l'adresse à laquelle il habite ensemble avec son amie suite à son expulsion du domicile conjugal – à comparaître le lundi, 12 décembre 2005 à 9.00 heures devant le juge des référés de Luxembourg pour voir statuer sur sa demande concernant le règlement des mesures provisoires durant la procédure de divorce. Il résulte des modalités de la remise de l'exploit que l'huissier a, faute d'avoir trouvé sur les lieux **A)** ou une personne ayant qualité de recevoir la copie de l'exploit, laissé la copie et son avis de passage sur les lieux, une deuxième copie de l'exploit et une copie de l'avis de passage ayant été envoyées par lettre simple au destinataire.

Selon les allégations incontestées, et par ailleurs plausibles, de l'appelant (qui d'après les fiches de salaire produites en cause est employé

en tant que boucher au supermarché **C**), ce dernier travaille du lundi au samedi inclus. Absent lors du passage de l'huissier, il n'a pu avoir connaissance de l'assignation qu'en prenant inspection de son courrier contenu dans la boîte aux lettres.

Il a, dans les circonstances de l'espèce, dû être très difficile, voire impossible à **A**) dans un délai aussi bref de se libérer de ses obligations professionnelles et autres pour être en mesure de comparaître ainsi que de consulter un conseil afin de s'informer de ses droits. La réduction du délai de comparution à moins de trois jours ouvrables, pour le surplus, est inacceptable et abusive de la part de la partie demanderesse, compte tenu de l'urgence malgré tout relative des mesures sollicitées.

La lésion des droits de la défense dans le chef de **A**) – qui n'a pas pu soumettre ses moyens au juge du premier degré – est évidente et elle ne peut en instance d'appel être réparée que de la manière demandée par l'appelant. Il s'ensuit que le moyen d'appel principal est fondé.

L'exploit introductif de première instance ainsi que l'ordonnance déferée sont à annuler.

Compte tenu de la solution adoptée, l'appel incident est dépourvu d'objet sur lequel il pourrait se greffer.

Par ces motifs,

la Cour d'appel, deuxième chambre, siégeant en matière de référé, statuant contradictoirement,

déclare l'appel de **A**) recevable et fondé;

déclare nuls l'exploit d'assignation du 9 décembre 2005 et l'ordonnance de référé du 13 décembre 2005 ainsi que toute la procédure qui s'en est suivie;

donne acte à **B**) de son appel incident;

le dit sans objet;

condamne **B**) aux frais et dépens des deux instances.