

Arrêt référé (séparation de corps).

Audience publique du trente juin deux mille dix.

Numéros 36080 et 36082 du rôle.

Composition:

*Romain LUDOVICY, président de chambre;  
Françoise MANGEOT, premier conseiller;  
Gilbert HOFFMANN, conseiller, et  
Jean-Paul TACCHINI, greffier.*

*E n t r e :*

*A, sans état connu, demeurant à (...),  
appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Patrick  
Kurdyban de Luxembourg en date du 11 décembre 2009,  
intimé aux fins d'un exploit du même huissier de justice en date du  
15 avril 2010,  
comparant par Maître Nathalie Scripnitschenko, avocat à Luxem-  
bourg,*

*e t :*

*B, sans état connu, demeurant à (...),  
appelante aux termes du susdit exploit Patrick Kurdyban du 15 avril  
2010,  
intimée aux fins du susdit exploit Patrick Kurdyban du 11 décembre  
2009,  
comparant par Maître Frédéric Mioli, avocat à Luxembourg.*

#### **LA COUR D'APPEL:**

Par ordonnance du 30 octobre 2009, le juge des référés du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, appelé à régler les mesures provisoires durant la procédure de séparation de corps des époux A et B, avait, entre autres, accordé à la mère conjointement avec la garde

provisoire des deux enfants mineurs communs C, né le (...), et D, né le (...), la résidence séparée à l'ancien domicile conjugal à (...) en réglant le droit de visite et d'hébergement du père sur lesdits enfants, et avait condamné le père à payer à la mère une pension alimentaire pour les enfants susnommés d'un montant indexé de 150 € par mois pour chaque enfant à partir du 8 octobre 2009, date de la demande.

Sur assignation formée par A le 10 décembre 2009 visant à la révision de l'ordonnance susvisée pour faits nouveaux, le juge des référés de Luxembourg avait, en substance, par ordonnance du 30 mars 2010, prononcé le transfert de la garde des deux enfants mineurs au père avec attribution de l'ancien domicile conjugal à ce dernier et en réglant le droit de visite et d'hébergement de la mère et avait condamné cette dernière à payer au père une pension alimentaire indexée de 250 € par mois pour chacun de C et de D à partir du 1<sup>er</sup> avril 2010.

Parallèlement à l'instance en « révision » devant le juge des référés de première instance, la partie A avait, en date du 11 décembre 2009, relevé appel de l'ordonnance du 30 octobre 2009 en faisant état des mêmes faits dits nouveaux, ce « à titre subsidiaire pour le cas où la nouvelle assignation en référé serait déclarée irrecevable ou non fondée », aux mêmes fins que ceux de la nouvelle assignation devant le juge de première instance.

Sur cet appel, B a relevé appel incident de l'ordonnance du 30 octobre 2009 pour se voir accorder un secours de 250 € pour chacun desdits enfants.

Par ailleurs, le 15 avril 2010, B a relevé appel de l'ordonnance du 30 mars 2010 pour, en substance, voir dire principalement que « le juge des référés était incompétent pour connaître de la demande adverse » et, subsidiairement, pour « voir dire non fondée la prédite demande ». Elle a conclu à voir traiter l'appel dit subsidiaire formé par A comme appel pur et simple avec dessaisissement consécutif du premier juge qui, dès lors, par suite de l'effet dévolutif de l'appel, était sans pouvoir pour statuer sur l'assignation en modification. Sur ce, la partie A a encore conclu, quant au caractère subsidiaire de son appel, à y voir statuer « pour le cas où l'ordonnance du 30 mars 2010 serait annulée ».

#### Quant à l'appel de A contre l'ordonnance du 30 octobre 2009

En conférant à son appel un caractère subsidiaire, A, en fait, a subordonné la connaissance du litige par la Cour au cas et dans la mesure où il ne serait pas, sur nouvelle assignation devant le premier juge, fait droit à ses prétentions fondées sur des faits nouveaux.

La Cour estime que le caractère subsidiaire conféré à l'appel est en conflit avec les conséquences de l'effet immédiat de la dévolution du litige – qui est impérative et d'ordre public – et tout ensemble avec les attributions qui s'y rattachent pour la juridiction d'appel (v. interprétation et rectification du jugement, pouvoir de compléter ou de modifier les mesures provisoires en matière de référé-divorce), le même litige ne pouvant, pour jugement sur les mêmes points, être pendant à la fois devant la juridiction de première instance et devant la juridiction d'appel.

La Cour fait observer, en particulier, que la subsidiarité donnée à l'appel est en conflit avec la primauté reconnue à la Cour d'appel sur le plan de la saisine, c'est-à-dire que par l'effet dévolutif de l'appel, il lui appartient de connaître, à l'exclusion de la juridiction de référé du premier degré, des faits nouveaux et de modifier en conséquence la décision du premier juge sur les mesures provisoires durant la procédure de divorce.

Il ne suffit pas de dire que l'arrêt à rendre par la Cour d'appel prime, le cas échéant, l'ordonnance rendue sur l'assignation en modification. Dès le départ, « l'appel subsidiaire » pose problème.

En effet, la Cour, saisie d'un « appel subsidiaire » réservant la saisine du premier juge pour continuer à connaître du litige, ne peut, sur seul appel de la première ordonnance, connaître utilement du litige, y compris les faits nouveaux allégués, au vu de la nouvelle ordonnance qui, dans la logique de l'acte d'appel subsidiaire, a été valablement rendue.

Ou bien la partie perdante fait appel de l'ordonnance de référé-divorce, auquel cas la Cour d'appel connaît du litige avec les faits survenus depuis le jugement attaqué et au cours de l'instance d'appel, ou bien, elle assigne en modification de l'ordonnance antérieure pour faits nouveaux et, le cas échéant, fera appel de cette dernière ordonnance.

Mais, d'une façon générale, une partie ne peut pas à la fois faire un appel et exercer contre le même jugement une autre voie de droit, une voie de recours ne pouvant être présentée comme subsidiaire d'une autre voie de droit, elle-même présentée comme principale. L'appel principal (par opposition à appel incident) subsidiaire n'est donc pas admissible.

Il reste à décider du sort à réserver à cet appel.

En l'occurrence, comme l'assignation du 10 décembre 2009 a précédé l'acte d'appel et a été faite à titre principal, l'acte d'appel du 11 décembre 2009 est à déclarer irrecevable.

L'irrecevabilité de l'appel principal « subsidiaire » entraîne à sa suite l'irrecevabilité de l'appel incident qui se greffe sur lui.

L'indemnité de procédure demandée par A dans son acte d'appel suit le même sort que celui-ci.

#### Quant à l'appel de B contre l'ordonnance du 30 mars 2010

Il y a lieu de rejeter le moyen « d'incompétence » du premier juge, opposé dans l'acte d'appel. Comme il vient d'être décidé que l'appel de A est irrecevable, le premier juge n'a pas pu être dessaisi par l'effet dudit acte d'appel de sorte qu'il a valablement pu statuer sur la demande en rétractation de l'ordonnance du 30 octobre 2009.

Au fond, la partie B a contesté tant l'existence que le caractère concluant des éléments nouveaux.

La Cour rappelle que, par l'ordonnance du 30 octobre 2009, B s'était vu confier la garde provisoire des deux enfants mineurs au seul motif qu'il était apparu que la mère était disponible pour amener les enfants à l'Ecole européenne à Luxembourg et les y récupérer le soir.

Il n'est pas contesté en cause que, postérieurement à l'ordonnance du 30 octobre 2009, A avait pris connaissance, d'une part, concernant C, de la lettre de l'Ecole européenne du 28 octobre 2009, adressée à B, sur les nombreuses absences non justifiées de C, malgré des rappels et des mises en garde, ainsi que d'une autre lettre du 21 janvier 2010, également adressée à B, informant cette dernière qu'à défaut d'avoir produit des justificatifs, C était renvoyé de l'école à partir du 18 décembre 2009.

Contrairement aux conclusions de la partie B, les absences de C antérieures à l'ordonnance du 30 octobre 2009 peuvent entrer en considération dans l'instance en modification, étant donné que l'élément nouveau peut tenir dans la révélation d'un fait antérieur à la décision, mais révélé après celle-ci, si, comme c'est le cas en l'espèce, il est un élément d'appréciation ayant une incidence sur la décision.

D'autre part, concernant D, alors en classe de cinquième primaire, A avait pris connaissance d'une lettre de l'Ecole européenne du 23 novembre 2009 déplorant que D arrive régulièrement en retard.

Il ressort encore des pièces du dossier que, suivant certificat de l'Ecole européenne du 16 avril 2010, B avait amené D à l'école chaque matin à 8 heures 45 dans la période du 12 au 16 avril 2010 (N. B. : B avait encore la garde de fait de D, v. ci-dessous) et qu'il avait été absent les 18 et 19 mars 2010 « sans que l'école en soit informée ».

Il ressort encore du journal de classe de D que sa maîtresse d'école y avait noté à la date du 24 mars 2010 qu'il arrive en retard tous les jours ; à la date du 26 mars 2010, elle avait marqué que D avait comme d'habitude un retard de 20 minutes.

Ces nouveaux éléments concernant D permettent de revenir sur les faits que A avait fait valoir avant l'ordonnance du 30 octobre 2009, à savoir, aux termes de l'assignation en séparation de corps et en référé, que « l'assignée amène (les enfants) en retard à l'école ... ».

A ce propos, il ressort d'un certificat de l'Ecole européenne du 3 septembre 2009 que D était absent deux jours à partir de la rentrée scolaire du 2 septembre 2009.

Les retards de D et les absences scolaires de C antérieurs à l'ordonnance du 30 octobre 2009 sont des éléments concluants, étant donné qu'il était entendu que c'était la mère qui, en raison de plus de disponibilité, était censée conduire les enfants à l'école, avant comme après ladite ordonnance, étant donné que le père devait quitter le domicile plus tôt le matin et que la mère travaille dans une institution de l'Union européenne près de l'école des enfants.

Au vu des éléments nouveaux, il est également permis de revenir sur d'autres faits antérieurs à l'ordonnance du 30 octobre 2009, étant donné que la décision à prendre sur l'attribution provisoire de la garde doit être prise en considération de tous les éléments pertinents de la cause.

Ainsi, suivant deux attestations testimoniales détaillées, prises dans leur ensemble, B, lors des vacances d'été 2009 qu'elle avait passées en Italie avec D, avait délaissé celui-ci en lui préférant la compagnie de son concubin et la boisson au point que l'enfant était revenu traumatisé des vacances.

Selon une autre attestation, ce comportement de la mère avait perduré depuis que son concubin s'était installé au domicile conjugal à (...) après que A avait dû en déguerpir comme suite à l'ordonnance du 30 octobre 2009.

Quant à l'évolution de la situation des enfants après l'ordonnance du 30 mars 2010, la partie A a indiqué « avoir provisoirement maintenu le système de l'ordonnance du 30 octobre 2009 du 12 au 16 avril 2010 » (v. note de plaidoirie du 18 mai 2010).

D'emblée, il y a lieu de clarifier que, comme suite à l'ordonnance du 30 mars 2010 accordant à B, pour déguerpir du domicile conjugal à (...), un délai d'un mois courant à partir de la signification de ladite ordon-

nance – signification qui était intervenue le 22 avril 2010 – A avait continué à habiter à X chez E et que tel était encore le cas le jour de l’audience devant la Cour le 19 mai 2010, selon les renseignements demandés à l’audience.

Il ressort par ailleurs d’un rapport de détective privé, que B a fait réaliser et qui couvre la période du dimanche 25 avril 2010 au mercredi 28 avril 2010, que D habite dans l’appartement à X d’où il est amené à l’Ecole européenne au Kirchberg à Luxembourg, mais sans qu’il y soit question de C.

Il ressort encore d’une attestation testimoniale que, le 17 avril 2010, A n’avait pas pu réintégrer le domicile conjugal à (...), mais que C y habiterait encore.

Il paraît donc que le changement de la garde provisoire de D s’était réalisé à partir du 17 avril 2010, mais que C, actuellement âgé de 17 ans, se trouverait toujours sous la garde de fait de sa mère à (...).

Par ailleurs, concernant C, il ressort d’un certificat du Ministère de l’Education nationale que B avait entrepris des démarches pour la poursuite de la scolarisation de C qui, finalement, a été inscrit le 4 mai 2010 au Lycée Y.

La partie B conclut devant la Cour à l’audition des deux enfants et verse en cause deux écrits, non datés, des enfants où ils expriment leur désir de voir maintenir leur situation chez la mère.

D’après une attestation testimoniale circonstanciée versée par le père, C et D auraient été obligés, aux dires de D, de rédiger des écrits en ce sens à Milan, lors de vacances de Pâques 2010, sous la contrainte de la famille de la mère.

Quoi qu’il en soit, les enfants ont déjà été entendus par le premier juge le 22 octobre 2009 et leurs déclarations sont énoncées dans l’ordonnance du 30 octobre 2009. Leur audition n’est plus obligatoire.

L’ensemble des éléments de la cause justifie, quant à D, sans autre mesure d’instruction, de confirmer la décision de transfert de la garde provisoire aux mains du père ainsi que, par voie de conséquence, celle de l’attribution à ce dernier de la résidence séparée à la maison à (...).

Quant au droit de visite et d’hébergement de la mère sur D, il y a également lieu de confirmer la décision y relative, ce conformément aux conclusions de la partie A.

Il y a lieu de surseoir à statuer sur l'attribution de la garde provisoire de C et sur les pensions alimentaires pour les enfants en attendant que A ait pu réintégrer le domicile conjugal à (...) et que les frais de relogement de B soient connus. Enfin, les parties sont invitées à instruire les points restant en litige en versant notamment des pièces récentes sur leurs revenus et sur les principaux frais.

**Par ces motifs,**

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

quant à l'appel de l'ordonnance du 30 octobre 2009 :

dit irrecevable l'appel formé par A de ladite ordonnance de référé, y compris sa demande en paiement d'une indemnité de procédure,

dit irrecevable l'appel incident formé par B,

condamne A aux frais et dépens de l'instance d'appel introduite par l'appel du 11 décembre 2009,

quant à l'appel de l'ordonnance du 30 mars 2010 :

reçoit l'appel formé par B de ladite ordonnance de référé,

dit qu'il n'y a pas lieu à nouvelle audition de l'enfant D préqualifié,

confirme ladite ordonnance quant à l'attribution à A de la garde provisoire de D et de la résidence séparée à l'adresse à (...), et quant au droit de visite et d'hébergement de la mère sur D,

sursoit à statuer sur la décision de la garde provisoire de C et sur les pensions alimentaires pour C et D,

refixe l'affaire à l'audience du 29 septembre 2010,

réserve la décision sur les frais et dépens et sur l'indemnité de procédure requise par la partie B.