

Arrêt référé (divorce).

Audience publique du vingt-quatre novembre deux mille dix.

Numéros 36702, 36704 et 36705 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, employée, demeurant à (...),
appelante aux termes d'exploits des huissiers de justice Geoffrey Gallé de Luxembourg en dates des 17 mars et 2 avril 2010 et Pierre Biel de Luxembourg en date du 25 mai 2010,
comparant par Maître Jean-Georges Gremling, avocat à Luxembourg,*

e t :

*B, professeur d'université, demeurant à (...),
intimé aux fins des susdits exploits Geoffrey Gallé et Pierre Biel,
comparant par Maître Monique Wirion, avocat à Luxembourg.*

LA COUR D'APPEL:

Par acte d'huissier du 17 mars 2010, A a relevé appel de l'ordonnance rendue le 2 mars 2010 par le juge du référé-divorce du tribunal d'arrondissement de Luxembourg pour se voir confier la garde provisoire de l'enfant commun C, née le (...), qui, par ladite ordonnance, a été confiée à la garde de son père B avec condamnation de la mère à payer à celui-ci pour l'enfant un secours alimentaire indexé de 500 € par mois, ce à partir du 1^{er} mars 2010.

La régularité dudit appel ayant été contestée sous le rapport de sa signification à domicile inconnu, A a, « pour autant que de besoin », réitéré l'acte d'appel le 25 mai 2010 en concluant en outre à une indemnité de procédure de 1.500 €. La partie B a soulevé l'irrecevabilité de cet appel pour être tardif.

Par acte d'huissier du 2 avril 2010, A a relevé appel de l'ordonnance du 23 mars 2010 par laquelle le juge des référés a statué sur la demande de cette dernière à se voir attribuer un droit de visite et d'hébergement sur C.

Dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, il y a lieu de joindre les trois affaires d'appel inscrites au rôle respectivement sous les numéros 36702, 36705 et 36704.

Dans un premier temps, il y a lieu, par un arrêt séparé, de trancher la question de la régularité d'exercice de la voie de l'appel de l'ordonnance du 2 mars 2010 pour savoir s'il y a lieu d'examiner le volet de l'attribution de la garde.

Dans un deuxième temps se posera la question de l'aménagement des relations personnelles respectives des père et mère avec leur fille C.

1) Quant à la régularité de l'acte d'appel du 17 mars 2010

Le 5 mars 2010, B avait fait signifier l'ordonnance du 2 mars 2010 à A continuant à demeurer à l'ancien domicile conjugal à (...).

Le 17 mars 2010, A a relevé appel de ladite ordonnance. La signification de l'acte d'appel a eu lieu à l'adresse de l'ancien domicile conjugal. B n'y demeurant plus, l'huissier instrumentant avait dressé un procès-verbal de recherche conformément à l'article 157 NCPC.

Il ressort de ce procès-verbal que, suivant les renseignements fournis à l'huissier par le service communal du bureau de la population de la commune de X, B avait été rayé du registre de la population depuis le 16 décembre 2009. Le 18 mars 2010, l'huissier avait procédé aux envois postaux visés à l'alinéa 2 de l'article prévisé et les avait adressés à la dernière adresse connue, soit l'adresse de l'ancien domicile conjugal.

En fait, il est reconnu en cause que B était définitivement parti du domicile conjugal à partir du 1^{er} novembre 2009 après assignation en divorce et en référé-divorce que A avait introduite au Luxembourg le 9 octobre 2009.

Par la suite, A avait informé l'administration communale du départ de son époux, et, sur ce, intervint la radiation d'office du 16 décembre 2009.

Le 1^{er} février 2010, B avait pris à bail un appartement à (...). Dans l'acte de signification du 5 mars 2010 de l'ordonnance en question, le requérant B figure toujours sous l'adresse à l'ancien domicile conjugal ; dans le même acte de signification, B a fait une élection de domicile en l'étude de son avocat Maître Monique Wirion.

Il demeure que, suivant les déclarations faites par A le 12 mars 2010 (annexe au procès-verbal de police daté du 5 mars 2010), elle reconnaissait avoir été informée par son époux sur la nouvelle adresse de celui-ci (...). A noter que suivant les déclarations de B devant les agents de police le 11 mars 2010, il avait indiqué que son épouse connaissait en plus son numéro de téléphone et son adresse e-mail.

Or, aux termes de l'article 160 NCPC, « la signification d'un acte à domicile inconnu est non avenue si la partie à la requête de laquelle elle a été opérée connaissait le domicile, le domicile élu ou la résidence au Luxembourg ou à l'étranger du destinataire de l'acte et s'il est justifié que cette signification a porté atteinte aux intérêts de ce dernier ».

En l'espèce, la signification à domicile inconnu est irrégulière au motif que A connaissait tant la nouvelle résidence de son époux que son domicile élu.

Il convient encore de relever que la commune de X avait informé l'avocat de l'appelante par fax du 18 mars 2010 qu'à partir du 17 mars 2010 B était inscrit à l'adresse (...). La signification irrégulière en cours pouvait encore être redressée, mais il n'en fut rien.

Quant à la justification d'un grief, la partie B avait soutenu ne pas avoir eu jusqu'à ce jour communication de l'acte d'appel du 17 mars 2010. Il n'a pas été question à l'audience que A aurait transmis à son époux le courrier que l'huissier avait envoyé à B dans le cadre de la procédure de signification à domicile inconnu à l'adresse de l'ancien domicile conjugal.

N'ayant pas eu connaissance du contenu de l'appel même du 17 mars 2010, B a justifié d'une atteinte à ses droits de défense.

Il échet donc d'annuler la signification à domicile inconnu et ensemble l'acte d'appel y afférent.

Quant à la régularité de l'acte d'appel du 25 mai 2010

La signification de cet acte d'appel eut lieu à domicile à la nouvelle adresse de B à (...).

Elle était intervenue hors du délai de quinzaine visée à l'article 939 NCPC.

La partie appelante a argüé de la prétendue nullité de la signification du 5 mars 2010 de l'ordonnance en question au motif d'indication d'un « faux domicile » de B pour en déduire en conséquence que le délai d'appel n'a pas commencé à courir.

L'adresse de B à l'ancien domicile conjugal est critiquée comme fallacieuse pour la raison « qu'il n'était pas domicilié légalement à cette adresse et qu'il n'y habitait pas en fait ».

La nullité de l'acte de signification est fondée sur l'article 153 NCPC exigeant, aux termes dudit article, que « tout acte d'huissier indique à peine de nullité ... si le requérant est une personne physique ... son domicile ». La partie appelante fait valoir que l'indication d'un faux domicile équivaut à l'absence de domicile.

Il est vrai, comme il a été indiqué ci-dessus, que, dans l'acte de signification du 5 mars 2010, B figure encore sous son adresse à (...), bien qu'il n'y demeurât plus depuis le 1^{er} novembre 2009 et qu'il résidât de fait (...), dans la même localité.

Il n'en demeure pas moins que l'indication d'un domicile inexact dans l'acte d'huissier constitue une nullité de forme soumise, en vertu de l'article 264 NCPC, à la preuve d'un préjudice.

Il suffit de constater qu'en considération des développements faits ci-dessus l'indication de l'adresse de l'ancien domicile conjugal n'a pas pu faire grief à A qui était non seulement au courant de la situation de résidence exacte de son époux, mais disposait encore de son élection de domicile où faire signifier l'acte d'appel.

La Cour y ajoute encore que, suivant les déclarations de B du 11 mars 2010 annexées au procès-verbal de police susvisé, il ignorait avoir été rayé d'office au bureau de la population jusqu'à « quelques jours » avant le 11 mars 2010 et que pour des raisons administratives, il n'avait pas pu se faire réinscrire à la Commune, à son nouvelle adresse, avant le 17 mars 2010. Une fraude de B dans l'indication de son adresse à l'ancien domicile conjugal n'est pas établie.

L'acte de signification du 5 mars 2010 n'encourt pas annulation et il a donc fait courir le délai d'appel de quinzaine qui a expiré le lundi 22 mars inclus. L'appel du 25 mai 2010 est donc irrecevable.

La demande de A en paiement d'une indemnité de procédure n'est pas fondée en équité.

3) Quant à l'appel de l'ordonnance du 23 mars 2010

La garde provisoire de l'enfant C restant confiée au père dans l'état actuel de la procédure, il y a lieu d'examiner l'appel de l'ordonnance du 23 mars 2010. Cet appel est régulier. Il vise à la réformation de l'ordonnance en question pour avoir institué une expertise psychiatrique de A, pour avoir restreint les relations personnelles entre mère et enfant à des rencontres, chaque deuxième samedi, au centre X à (...) et, finalement, pour avoir soumis la condamnation de l'appelante à remettre au père les effets de l'enfant à une astreinte de 500 € par jour de retard.

Ce volet du litige a été réservé en attendant l'issue des appels contre la décision d'attribution de la garde provisoire de l'enfant.

Ledit appel est refixé pour instruction et plaidoiries à l'audience du 15 décembre 2010.

Quant à la sauvegarde des intérêts de C, la Cour a pris acte de ce que par ordonnance du 25 mars 2010 du juge de la jeunesse près du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, Maître Monique Beyaert, avocat, a été nommée à ces fonctions.

Par ces motifs,

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

joint les trois affaires d'appel inscrites au rôle sous les numéros 36702, 36704 et 36705,

quant à l'acte d'appel du 17 mars 2010 :

dit non avenue la signification à domicile inconnu dudit acte d'appel,

partant dit nul l'acte d'appel du 17 mars 2010,

condamne l'appelante aux frais et dépens y afférents,

quant à l'acte d'appel du 25 mai 2010 :

le dit irrecevable,

dit non fondée la demande de A en paiement d'une indemnité de procédure,

condamne l'appelante aux frais et dépens y afférents,

quant à l'acte d'appel du 2 avril 2010 :

le dit recevable,

refixe l'affaire pour instruction et plaidoiries à l'audience du 15 décembre 2010,

réserve tous droits et conclusions des parties et les frais.