

Arrêt référé (divorce).

Audience publique du quinze décembre deux mille dix.

Numéro 35966 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, employé de banque, demeurant à (...),  
appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Martine  
Lisé d'Esch-sur-Alzette en date du 19 novembre 2009,  
comparant par Maître Gaston Vogel, avocat à Luxembourg,  
e t :*

*B, employée, demeurant à (...),  
intimée aux fins du susdit exploit Martine Lisé,  
comparant par Maître Lydie Lorang, avocat à Luxembourg.*

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

Par exploit d'huissier du 19 novembre 2009, A a régulièrement relevé appel d'une ordonnance du 3 novembre 2009 par laquelle le juge des référés de Luxembourg, statuant sur les mesures provisoires pendant la procédure de divorce pendante entre l'appelant et son épouse B, a déclaré irrecevable pour défaut d'élément nouveau une demande de l'appelant en modification de son droit de visite et d'hébergement sur l'enfant commun mineur C, né le (...), qui avait été fixé par une précédente ordonnance de référé du 28 février 2008 comme suit : chaque deuxième fin de semaine du vendredi 18.00 heures au lundi 8.00 heures,

et une journée par semaine, à déterminer entre parties, ainsi que pendant la moitié des vacances scolaires.

Il demande à la Cour, par réformation, de déclarer sa demande recevable et de fixer son droit de visite et d'hébergement comme suit : chaque mardi et chaque jeudi de 17.00 heures au lendemain 8.00 heures, début des cours, un week-end sur deux du vendredi 18.00 heures au lundi 8.00 heures, ainsi que pendant la moitié des vacances scolaires, et ce pour les années paires pendant la première moitié de toutes les vacances scolaires et pour les années impaires pendant la deuxième moitié de toutes les vacances scolaires, à savoir Noël, Pâques, Carnaval, Pentecôte, Toussaint et les grandes vacances d'été.

L'intimée B conclut principalement à la confirmation de l'ordonnance entreprise. Elle relève en ordre subsidiaire, au cas où la demande de l'appelant serait déclarée recevable, appel incident et demande à ce que le droit de visite et d'hébergement de l'appelant pendant les vacances scolaires soit fixé, par réformation, à une semaine entière pendant les vacances de Carnaval et de la Toussaint, avec une alternance chaque année.

C'est par une appréciation correcte des éléments de la cause à laquelle la Cour se rallie que le juge des référés a retenu que le simple fait que l'appelant garde en fait l'enfant C les mardis et jeudis après-midis et soirs à la maison de sa mère pendant quelques heures lorsque celle-ci suit des cours de comptabilité ne constituait pas à lui seul un élément nouveau justifiant une modification de son droit de visite et d'hébergement, la prétendue difficulté d'exercer ce droit du fait de son imprécision et d'une prétendue mauvaise volonté de l'intimée, fait invoqué lapidairement dans l'assignation, étant resté à l'état de vague allégation non étayée par un fait concret.

Dès lors que la recevabilité d'une demande s'apprécie au jour de son introduction, l'intervention dans l'instance d'appel de Maître Nathalie BARTHELEMY en qualité d'avocat de l'enfant C en avril 2010 et le rapport qu'elle a dressé le 10 mai 2010, invoqués au titre d'éléments nouveaux supplémentaires par l'appelant devant la Cour, ne sauraient être pris en considération pour l'appréciation de la recevabilité de la demande en première instance.

L'ordonnance déferée est partant à confirmer.

La demande de l'appelant basée sur l'article 240 du NCPC n'est pas justifiée en équité.

**Par ces motifs,**

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

reçoit l'appel ;

le dit non fondé et **confirme** l'ordonnance déferée ;

déboute A de sa demande basée sur l'article 240 du NCPC ;

le condamne aux frais et dépens de l'instance d'appel.