

Arrêt référé (divorce).

Audience publique du dix octobre deux mille douze.

Numéro 38572 du rôle.

Composition:

Étienne SCHMIT, président de chambre;
Gilbert HOFFMANN, premier conseiller;
Mireille HARTMANN, conseillère, et
Jean-Paul TACCHINI, greffier.

Entre :

*A.), sans état connu, demeurant à L-(...),
appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Guy Engel de
Luxembourg en date du 8 février 2012,
comparant par Maître Karima Hammouche, avocat à Luxembourg,*

et :

*B.), sans état particulier, demeurant à L-(...),
intimée aux fins du susdit exploit Guy Engel,
comparant par Maître Martine Lauer, avocat à Esch-sur-Alzette.*

LA COUR D'APPEL:

Par ordonnance du 18 octobre 2011, le juge de référé-divorce du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, statuant sur les mesures provisoires de la procédure de divorce pendant entre les époux A.) et B.), a confié à celle-ci la garde provisoire des enfants C.), né le ..., et D.), née le ..., a réglé le droit de visite et d'hébergement du père et a condamné celui-ci à payer à B.) une pension alimentaire mensuelle de 250 € pour le fils et de 100 € pour la fille à partir du 9 février 2011, date de l'assignation en référé, et, en plus, une pension alimentaire personnelle de 300 € par mois pour une durée de trois mois à partir du 6 octobre 2011, date de la demande additionnelle.

Le 3 février 2012, A.) a fait assigner B.) devant le même juge des référés en révision de la susdite ordonnance sur base de l'article 938 NCPC pour faits nouveaux consistant en ce que, d'après le demandeur, les deux enfants

habitent habituellement chez lui depuis le 20 octobre 2011. Sur base de ces circonstances nouvelles, A.) a demandé à se voir attribuer la garde des deux enfants et, conséquemment, à se voir décharger de la condamnation au paiement d'une pension alimentaire pour les enfants à partir du 20 octobre 2011. Il a demandé, de son côté, la condamnation de B.) à lui payer pour les deux enfants une pension mensuelle, soit 250 € pour le fils à partir du 20 octobre 2011, et 150 € pour la fille à partir du 1^{er} novembre 2011.

Parallèlement à l'instance en révision, A.) a, le 8 février 2012, donc après l'assignation devant le premier juge, relevé appel de la susdite ordonnance en faisant état des mêmes circonstances nouvelles pour demander également en appel la garde des enfants ainsi que la condamnation de B.) à lui payer une pension alimentaire mensuelle de 100 € pour la fille et de 250 € pour le fils depuis « la date de la présente », soit l'acte d'appel du 8 février 2012. Il conclut par ailleurs à se voir décharger de la pension alimentaire pour les enfants au motif qu'il en assume désormais la garde de fait.

En plus, quant à la pension alimentaire qu'il a été condamné à payer pour les enfants, A.) conclut, en substance, à en être déchargé avec effet au 9 février 2011 au motif qu'il avait continué à pourvoir à leurs frais en s'acquittant des charges du ménage où il avait continué à vivre jusqu'à son déguerpissement du domicile conjugal le 1^{er} septembre 2011.

Il continue dans l'acte d'appel par critiquer l'ordonnance de référé pour l'avoir condamné à payer une pension alimentaire pour les enfants et une pension alimentaire personnelle au regard à la fois de sa situation financière difficile qui ne lui permettrait pas de payer une pension, et au regard de la situation financière de son épouse qui assurerait à celle-ci un disponible conséquent. Au dispositif de l'acte d'appel, la partie A.) conclut à être déchargée de la pension alimentaire pour les enfants à partir du 9 février 2011 et de la pension alimentaire personnelle à partir du 6 octobre 2011.

Les parties litigantes ayant omis d'informer le 1^{er} juge de l'instance d'appel en cours parallèlement à l'instance en révision, celui-ci, par ordonnance du 10 avril 2012, après s'être déclaré compétent et déclaré la demande recevable, a désigné un avocat aux enfants. Puis, par ordonnance du 20 juillet 2012, il a accordé au père la garde provisoire du fils en suspendant temporairement le droit de visite et d'hébergement de la mère sur le fils et en ordonnant une thérapie familiale entre les deux parents et le fils ; il a rejeté la demande du père visant au transfert de la garde de la fille et a réaménagé le droit de visite et d'hébergement du père sur celle-ci ; le volet alimentaire a été refixé. Le 1^{er} juge ayant finalement été informé de l'instance d'appel a, par ordonnance du 3 août 2012, remis la décision sur la demande en paiement de pensions alimentaires.

Devant la présente juridiction, la partie B.) conclut à l'irrecevabilité de l'appel en raison de l'antériorité de l'instance en révision ; en poursuivant cette voie, A.) aurait accepté l'ordonnance en cause, sauf modifications pour circonstances nouvelles.

D'une façon générale, un même litige ne peut pas pour jugement sur les mêmes points, être pendant à la fois devant la juridiction de première instance et devant la juridiction d'appel : une partie ne peut donc pas à la fois faire appel et exercer contre le même jugement une autre voie de droit, telle une instance en révision pour circonstances nouvelles sur la base de l'article 938 NCPC.

D'un autre côté, la situation se complique par l'effet dévolutif de l'appel qui est d'ordre public et en vertu duquel la connaissance entière et exclusive du litige dont appel a été relevé, y compris les faits nouveaux s'y rattachant survenus avant la fin de l'instance d'appel, appartient à la juridiction d'appel. Les faits nouveaux à considérer, survenus depuis l'ordonnance entreprise, sont ceux qui ont motivé la décision dont appel a été relevé.

Au cas où le juge de référé-divorce a été saisi à nouveau sur base de circonstances nouvelles après l'appel sur le même point litigieux, l'effet dévolutif de l'appel empêche que le juge de première instance puisse statuer sur la demande en révision de l'ordonnance entreprise ; la Cour d'appel a seule pouvoir pour connaître du litige et de tous les faits nouveaux s'y rattachant.

En l'occurrence toutefois, comme l'assignation en révision pour circonstances nouvelles est antérieure à l'appel et que la recevabilité d'une demande et la compétence pour en connaître s'apprécient au jour de la demande, il faut retenir que, nonobstant l'appel, le premier juge a gardé le pouvoir de statuer sur la demande en modification introduite sur base de l'article 938 NCPC.

Il faut en déduire que l'appel est donc irrecevable quant aux chefs du litige sur lesquels porte la demande en révision pour circonstances nouvelles, soit le volet du transfert de garde et le volet alimentaire qui s'y rattache. L'effet dévolutif de l'appel n'a donc pas pu se produire pour ces points du litige. En revanche, la pension alimentaire pour les enfants dans la période du 9 février 2011 jusqu'au moment de l'élément nouveau est indépendante de l'instance en révision ; elle ressort de l'instance en réformation. Il en va de même pour la pension alimentaire personnelle que A.) a été condamné à payer dans la période du 6 octobre 2011 au 5 janvier 2012 inclus, même si elle est dépendante de la charge des frais d'entretien et d'éducation des enfants dans ladite période.

Il reste la question de savoir si la partie A.), en optant pour l'instance en révision, a renoncé à interjeter appel des chefs de décision rendus en l'état des circonstances antérieures. En l'espèce, une renonciation à demander la réformation de la décision sur la pension alimentaire pour les enfants dans la période susvisée du 9 février 2011 jusqu'au moment de l'élément nouveau ne se déduit pas de l'introduction des nouvelles demandes en transfert de garde et en paiement de pensions alimentaires motivées par des

circonstances nouvelles survenues après l'ordonnance en cause du 18 octobre 2011.

La Cour a donc à trancher le litige de la pension alimentaire pour les enfants dans la période du 9 février 2011 jusqu'au moment de l'élément nouveau et le litige de la pension alimentaire personnelle.

A l'audience des plaidoiries, il a été décidé de statuer par arrêt séparé sur la recevabilité de l'appel. Le volet de la pension alimentaire personnelle dont l'instruction n'était pas complète était également à remettre. Afin d'éviter des contradictions de décisions, il y a lieu de surseoir à statuer jusqu'à ce que le premier juge se soit prononcé sur les pensions alimentaires pour les enfants.

Par ces motifs,

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

dit l'appel irrecevable pour autant qu'il porte sur le transfert de garde et le volet des pensions alimentaires pour les enfants qui s'y rattache,

reçoit l'appel pour le surplus,

sursoit à statuer en attendant la décision du premier juge,

refixe l'affaire pour contrôle à l'audience publique du 28 novembre 2012,

réserve les frais.

La lecture de cet arrêt a été faite à l'audience publique indiquée ci-dessus par Étienne SCHMIT, président de chambre, en présence du greffier Jean-Paul TACCHINI.