

Arrêt référé (divorce).

Audience publique du neuf janvier deux mille treize.

Numéro 39235 du rôle.

Composition:

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

E n t r e :

A.), retraité, demeurant à L-(...),

appelant aux termes d'un acte de l'huissier de justice Gilbert Rukavina de Diekirch du 20 février 2012,

comparant par Maître Jean-Paul Wiltzius, avocat à Diekirch,

e t :

B.), salariée, demeurant à L-(...),

intimée aux fins du susdit acte Gilbert Rukavina, admise au bénéfice de l'assistance judiciaire,

comparant par Maître Fabienne Rischette, avocat à Diekirch.

LA COUR D'APPEL:

1. La procédure suivie

Par ordonnance du 14 février 2012, le juge des référés du tribunal d'arrondissement de Diekirch, statuant sur les mesures provisoires durant l'instance de divorce, s'est déclaré incompétent pour connaître de la demande de M. A.) tendant à ce que Mme B.) soit condamnée au

paiement d'une astreinte de 5.000.- euros pour chaque refus de l'exercice du droit de visite et d'hébergement des deux enfants communs mineurs accordé à M. A.) par l'ordonnance du 15 novembre 2011.

Le juge des référés a retenu que l'astreinte constitue un accessoire de la condamnation principale, en l'espèce du règlement du droit de visite et d'hébergement par l'ordonnance du 15 novembre 2011. Le prononcé de cette ordonnance ayant dessaisi le juge des référés du règlement du droit de visite et d'hébergement, le juge des référés n'a plus compétence pour statuer sur la demande, introduite par une assignation postérieure à l'ordonnance, qui tend au prononcé, accessoire, d'une astreinte pour garantir l'exécution de la décision, principale, relative au droit de visite et d'hébergement.

Le 20 février 2012, M. A.) a régulièrement formé appel contre l'ordonnance du 14 février 2012.

Il soutient que le juge des référés aurait examiné d'office le moyen tiré de la simultanéité de la condamnation principale et de l'astreinte et aurait conclu à son incompétence au vu du prononcé antérieur de la condamnation principale, sans soumettre cette question au débat des parties. Le juge des référés aurait donc violé le principe du contradictoire et l'ordonnance devrait être annulée.

Il considère que le droit luxembourgeois n'exigerait pas le prononcé simultané de la condamnation principale et de l'astreinte. Le prononcé d'une astreinte postérieurement au règlement du droit de visite et d'hébergement constituerait une nécessité pour garantir son efficacité au droit de visite et d'hébergement.

Le divorce serait pendant entre parties, de sorte que le juge des référés aurait compétence pour statuer sur les mesures accessoires.

M. A.) conclut au prononcé de l'astreinte.

Il considère que l'astreinte serait indiquée. Souvent, il se déplacerait en train, et arrivé au domicile des enfants, la mère refuserait de lui remettre les enfants.

Mme B.) conclut à la confirmation de l'ordonnance. Elle relève que M. A.) se serait vu interdire de s'approcher du domicile des enfants pendant trois mois. Elle serait toujours d'accord à remettre les enfants si le père se présente dans un état sobre. Elle ne remettrait pas les enfants si elle le père se présente sous influence d'alcool. La version de M. A.) est contestée.

2. Le principe du contradictoire

Le principe du contradictoire fait obligation au juge d'inviter les parties à débattre de la règle de droit qu'il envisage d'appliquer, mais qu'elles n'ont pas elles-mêmes invoquée.

Cependant, ce principe n'impose pas au juge de rouvrir les débats pour permettre aux parties de se prononcer de manière explicite et détaillée sur les conditions d'application de la règle invoquée, mais qui n'a pas fait l'objet d'une discussion exhaustive par les parties.

Par assignation du 2 février 2012, M. A.) a saisi le juge des référés d'une demande qui tend au prononcé d'une astreinte pour chaque refus du droit de visite et d'hébergement réglé par l'ordonnance du 15 novembre 2011. Dans son assignation, M. A.) a cité une décision de la Cour de justice Benelux du 11 mai 1982 qui, selon lui, a retenu que le respect du droit de visite et d'hébergement peut être sanctionné par l'astreinte, celle-ci s'appliquant aussi en matière d'obligations du droit de la famille.

M. A.) a donc expressément demandé au juge d'appliquer les règles relatives à l'astreinte et il a reconnu que l'astreinte faisait l'objet d'une réglementation au sein du Benelux.

En examinant s'il était saisi d'une demande en condamnation principale en même temps que d'une demande tendant au prononcé d'une astreinte, en constatant que le droit de visite et d'hébergement avait été réglé par une décision antérieure à l'assignation dont il était saisi, en retenant que l'astreinte, accessoire, ne peut être prononcée que de manière concomitante à la condamnation principale, le juge des référés n'a fait que vérifier si les conditions d'application des règles relatives à l'astreinte étaient réunies.

Par son ordonnance du 14 février 2012, le juge des référés a appliqué la règle de droit invoquée par la partie demanderesse et n'a pas violé le principe du contradictoire.

Le moyen tendant à l'annulation de l'ordonnance en raison de la violation du principe du contradictoire n'est pas justifié.

3. Le caractère accessoire de l'astreinte

L'article 2059 du code civil, introduit en droit luxembourgeois par la loi du 21 juillet 1976 portant approbation de la Convention Benelux portant loi uniforme relative à l'astreinte, signée à La Haye le 26 novembre 1973, dispose :

« Le juge peut, à la demande d'une partie, condamner l'autre partie, pour le cas où il ne serait pas satisfait à la condamnation principale, au paiement d'une somme d'argent, dénommée astreinte, le tout sans préjudice des dommages-intérêts, s'il y a lieu. Toutefois, l'astreinte ne

peut être prononcée en cas de condamnation au paiement d'une somme d'argent. »

Ainsi que l'a retenu la Cour de justice Benelux dans deux arrêts du 17 décembre 2009 (affaires A 2008/2 et A 2008/3), la condamnation principale et la condamnation au paiement d'une astreinte ne doivent pas nécessairement être contenues dans une même décision. L'astreinte peut également être ordonnée par une décision ultérieure.

En effet, l'astreinte est destinée à assurer l'exécution d'une condamnation principale et ne peut donc être ordonnée qu'accessoirement à une condamnation principale. Cependant, même si elle est ajoutée ultérieurement à une condamnation prononcée précédemment, l'astreinte reste un accessoire à la condamnation principale.

Le juge des référés, en retenant la simultanéité de la demande principale et de la demande relative à l'astreinte et en déduisant son incompétence du fait que la saisine relative à l'astreinte est postérieure à la condamnation principale, a fait une application erronée des règles relatives à l'astreinte.

L'ordonnance doit être réformée en ce qu'elle a retenu l'incompétence du juge des référés.

4. Le bien-fondé de la demande relative à l'astreinte

S'il est exact que Mme B.) déclare qu'elle ne remet pas les enfants à leur père au cas où celui-ci se présente après avoir bien bu, elle conteste cependant les refus allégués par M. A.).

Il résulte des pièces versées en cause que, dans la période du 15 juillet 2011 au 27 octobre 2012, Mme B.) a porté plainte à plusieurs reprises contre M. A.) du chef d'endommagement de la propriété mobilière d'autrui, de coups et blessures volontaires, de menaces d'attentat et de vol avec effraction.

Il s'en dégage que les relations entre les parties sont très tendues.

Les 14 février et 13 mars 2012, le juge des référés de Diekirch a interdit à M. A.) de s'approcher à moins de 100 mètres du domicile de son épouse et de ses deux enfants, a, pour une période de trois mois, supprimé le droit d'hébergement de M. A.) et limité son droit de visite à des rencontres au Treffpunkt.

Le 17 janvier 2012, M. A.) a porté plainte contre son épouse du chef de non-représentation d'enfants. Au vu de sa propre déclaration aux agents de police, son épouse l'aurait informé jeudi 12 janvier que la petite serait malade et qu'il ne pourrait pas l'emmener le samedi suivant. Durant la journée de vendredi, M. A.) n'aurait pas pu joindre son épouse au téléphone. Samedi, il n'aurait trouvé personne au domicile des enfants.

Furieux, il n'aurait pas pu dormir, aurait bu une bouteille de champagne dimanche matin, aurait pris le train et serait arrivé vers 11 heures au domicile de ses enfants. La porte ne lui aurait pas été ouverte, mais il aurait vu ses enfants dans la maison. De l'extérieur, il aurait ouvert une fenêtre cassée et se serait ainsi introduit dans la maison. Il aurait à peine été à l'intérieur que la police serait arrivée.

Le 26 novembre 2011, M. A.) a aussi porté plainte pour non-représentation d'enfants. Il ne résulte d'aucun élément du dossier qu'à cette date l'ordonnance du 15 novembre 2011 ayant réglé le droit de visite ait été signifiée et exécutoire.

Au vu des éléments soumis à l'appréciation de la Cour, il n'est pas établi que le comportement de Mme B.) soit tel que l'exercice du droit de visite et d'hébergement de M. A.) doive être garanti par la sanction de l'astreinte.

L'appel tendant au prononcé d'une astreinte n'est pas justifié.

Par ces motifs,

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

déclare l'appel recevable et partiellement fondé,

réformant, dit que le juge des référés avait compétence pour connaître de la demande tendant à la condamnation à une astreinte,

rejette la demande,

condamne A.) aux dépens de l'instance de référé introduite par l'assignation du 2 février 2012 et de l'instance d'appel.

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.