

Arrêt référé (divorce).

Audience publique du treize mars deux mille treize.

Numéro 37904 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, sans état particulier, demeurant à (...),

appelant aux termes d'un acte du 22 mars 2011 de l'huissier de justice
Patrick Kurdyban de Luxembourg,

comparant par Maître Cathy Arendt, avocat à Luxembourg,

e t :

B, auxiliaire de vie, demeurant à (...),

intimée aux fins du susdit acte Patrick Kurdyban,

comparant par Maître Paul Trierweiler, avocat à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

1. La procédure suivie

Par ordonnance du 28 janvier 2011, le juge des référés du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, statuant sur les mesures provisoires durant l'instance de divorce, a notamment confié la garde provisoire de l'enfant commun mineur C, né le (...), à Mme B, a réglé le droit de visite de M. A et a condamné celui-ci à payer à Mme B une pension alimentaire de 150.- euros pour l'enfant.

Le 8 mars 2011, l'ordonnance a été signifiée au mari à la demande de l'épouse.

Le 22 mars 2011, M. A a régulièrement formé appel contre cette décision.

2. La compétence du juge des référés

Le 25 octobre 2010, assignation a été donnée par Mme B à M. A, d'une part, à se faire représenter par un avocat devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg en vue de la défense à la demande en divorce, et, d'autre part, à se présenter devant le juge des référés du même tribunal pour voir régler les mesures provisoires durant l'instance de divorce.

Lors des débats devant la Cour, Mme B a conclu à l'annulation de l'ordonnance en application de l'article 267bis du code civil. Elle a soutenu que la demande en divorce n'aurait pas été déposée au moment où l'ordonnance dont appel aurait été prononcée.

M. A s'est rapporté à la sagesse de la Cour.

Mme B a versé en cause une pièce aux termes de laquelle la demande en divorce du 25 octobre 2010 a été déposée au greffe du tribunal d'arrondissement le 21 avril 2011 et a été inscrite au répertoire sous le numéro 136 976.

L'article 267bis (1) du code civil dispose : « *Le président statuant en référé, ... , connaît, en tout état de cause, dès le dépôt de la demande en divorce au greffe, des mesures provisoires relatives à la personne, aux aliments et aux biens, tant des parties que des enfants.*
... ».

Cette règle désigne l'autorité judiciaire qui a compétence pour régler les mesures provisoires relatives aux personnes, aux aliments et aux biens au cas où une demande en divorce est déposée au greffe.

Cette compétence n'est pas attribuée au président du tribunal d'arrondissement à partir de l'assignation en divorce, mais à partir du dépôt au greffe de l'affaire de divorce, à l'initiative soit de la partie demanderesse en divorce soit de la partie défenderesse en divorce, donc à partir du moment où l'un des époux a manifesté auprès du tribunal sa volonté de faire instruire la demande en divorce.

La règle n'a pas été changée par la loi du 27 juillet 1997 modifiant notamment certaines dispositions du code civil et du code de procédure civile, qui a prévu à l'article 236 du code civil que l'assignation en divorce peut en même temps contenir des demandes relatives aux mesures provisoires concernant les personnes, les aliments et les biens des parties et de leurs enfants, et que ces demandes seront portées à l'audience du président du tribunal, statuant en référé.

La Cour note que l'article 1^{er}, point 5, de la loi du 27 juillet 1997 a complété l'article 267bis par une disposition relative à la prise en considération des sentiments exprimés par les enfants mineurs lors de leurs auditions. La règle de compétence contenue au même article 267bis n'a pas été changée.

Même si la loi du 27 juillet 1997 autorise l'assignation en divorce et l'assignation devant le juge des référés dans le même acte, elle n'a pas modifié la compétence du juge des référés en la soumettant à la seule condition de l'existence d'une assignation en divorce, mais a maintenu la règle de compétence de l'article 267bis du code civil, qui exige non seulement l'assignation en divorce, mais aussi le dépôt au greffe de l'affaire de divorce.

Sans en tirer argument, la Cour relève que les deux conditions de la signification de l'acte introductif de l'instance de divorce et du dépôt au greffe de l'affaire de divorce de la règle de compétence de l'article 267bis du code civil sont également celles de la saisine de la juridiction du divorce définie à l'article 16 point 1. b) du règlement (CE) no 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale.

Aux termes de cette disposition du règlement, la juridiction du divorce n'est saisie, à la date à laquelle l'acte introductif de l'instance de divorce a été remis à l'autorité chargée de la signification, qu'à la condition que l'acte soit déposé auprès de la juridiction.

La Cour retient encore que l'article 267bis du code civil, relatif à la compétence du juge des référés du tribunal d'arrondissement durant la procédure de divorce, est à appliquer par la juridiction d'appel, même si les parties n'ont invoqué cette disposition ni dans l'acte d'appel ni lors des débats, à condition que la juridiction respecte le principe du contradictoire.

Une demande en divorce n'ayant pas été déposée au greffe du tribunal d'arrondissement au moment où le juge des référés était appelé à statuer sur les demandes de Mme B et de M. A relatives notamment à la garde, au droit de visite ainsi qu'à la pension alimentaire pour l'enfant durant la procédure de divorce, le juge des référés n'avait pas compétence pour apprécier ces demandes.

Conformément aux conclusions de Mme B, l'ordonnance rendue par une autorité judiciaire incompétente est à annuler.

Par ces motifs,

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

déclare l'appel recevable,

annule l'ordonnance du juge des référés du tribunal d'arrondissement de Luxembourg no 42/2011 du 28 janvier 2011 dans l'affaire inscrite au répertoire sous le numéro 133 305,

renvoie la cause au juge des référés du tribunal d'arrondissement de Luxembourg,

condamne tant Mme B que M. A à la moitié des dépens 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.