

Arrêt référé (divorce).

Audience publique du treize mars deux mille treize.

Numéro 39551 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 (...),

appelant aux termes d'un acte du 21 janvier 2013 de l'huissier de justice
Pierre Biel de Luxembourg,

comparant par Maître Lex Thielen, avocat à Luxembourg,

e t :

B, retraitée, demeurant à (...),

intimée aux fins du susdit acte Pierre Biel,

comparant par Maître Joëlle Christen, avocat à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

1. La procédure suivie

Par ordonnance du 3 janvier 2013, le juge des référés du tribunal
d'arrondissement de Luxembourg, statuant sur les mesures provisoires
durant l'instance de divorce, a autorisé Mme B à résider séparée de M. A
et a condamné celui-ci à payer une pension alimentaire à son épouse.

Au vu des actes de procédure versés en cause, l'ordonnance n'a pas été signifiée.

Le 21 janvier 2013, M. A a régulièrement formé appel contre cette décision.

2. La compétence du juge des référés

Le 13 novembre 2012, 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.

Au regard de l'article 267bis du code civil, la Cour a demandé à la partie demanderesse de remettre une pièce relative à la date du dépôt de la demande en divorce au greffe du tribunal.

Lors des débats du 27 février 2013, Mme B a déclaré qu'elle a déposé l'assignation en référé au greffe du tribunal. Le même acte contenant l'assignation en divorce et l'assignation en référé, l'assignation en divorce aurait été déposée au greffe au moment où le juge des référés a statué sur les mesures provisoires. De toute manière, la juridiction serait saisie à la date de l'assignation et non à partir du dépôt.

M. A s'est rapporté à la sagesse de la Cour quant à la compétence au regard de l'article 267bis du code civil.

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 relève encore que, contrairement à ce que soutient Mme B, le dépôt d'un rôle avec un seul acte contenant à la fois une assignation devant le juge du divorce et devant le juge des référés ne vaut pas dépôt des deux affaires.

Même si la loi permet l'introduction de deux instances distinctes, à savoir l'instance de divorce et l'instance de référé-divorce, par une seule assignation, chaque affaire est inscrite au répertoire général sous un numéro distinct, et pour chaque affaire le dépôt est effectué par la remise d'une chemise contenant une copie de l'assignation, avec indication notamment de la nature de l'affaire.

La Cour retient 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 relatives à la résidence et à la pension alimentaire durant la procédure de divorce, le juge des référés n'avait pas compétence pour apprécier ces demandes.

L'ordonnance rendue par une autorité judiciaire incompétente est à annuler.

3. La demande de distraction des dépens

En procédure d'appel de référé, les parties ne sont pas représentées par un avocat constitué. Maître Lex THIELEN n'étant pas avocat constitué pour M. A, sa demande tendant à la distraction des dépens à son profit personnel n'est pas justifiée.

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 1/2013 du 3 janvier 2013,

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

rejette la demande de distraction des dépens de Maître Lex THIELEN,

condamne tant M. A que Mme B 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.