

Arrêt référé (divorce).

Audience publique du dix-sept avril deux mille treize.

Numéro 39579 du rôle.

Composition:

Étienne SCHMIT, président de chambre;
Lotty PRUSSEN, première conseillère;
Gilbert HOFFMANN, premier conseiller, et
Jean-Paul TACCHINI, greffier.

E n t r e :

A.), salariée, demeurant à E-(...),

appelante aux termes d'un acte de l'huissier de justice Pierre Biel de Luxembourg du 22 janvier 2013,

comparant par Maître Marisa Roberto, avocat à Luxembourg,

e t :

B.), salarié, demeurant à L-(...),

intimé aux fins du susdit acte Pierre Biel,

comparant par Maître Cristina Peixoto, avocat à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

1. La procédure suivie

Par ordonnance du 21 décembre 2012, le juge des référés du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, statuant sur les mesures provisoires durant l'instance de divorce, a réglé le droit de visite et d'hébergement de M. B.) et a condamné celui-ci à payer à Mme A.) une pension alimentaire personnelle de 400- euros pendant six mois et une pension alimentaire de 175.- euros pour chacun des deux enfants.

Le 22 janvier 2013, Mme A.) a régulièrement formé appel contre cette décision.

2. La compétence du juge des référés

Au regard de la règle de compétence d'ordre public de l'article 267bis du code civil, les parties ont été invitées à s'expliquer sur le dépôt au greffe du tribunal de la demande en divorce et sur la date du dépôt.

Au vu des développements des parties, il est établi que la demande en divorce n'était pas déposée au greffe du tribunal au moment où le juge des référés était appelé à statuer sur les mesures provisoires et qu'elle a été déposée postérieurement. Il ne résulte d'aucune pièce que tant la demande relative aux mesures provisoires que la demande en divorce avaient fait l'objet d'un dépôt.

M. B.) se rapporte à la sagesse de la Cour quant à la compétence du juge des référés au regard de l'article 267bis du code civil. Il conteste donc la compétence du juge des référés, sans développer un moyen.

Mme A.) demande à la Cour de dire que le juge des référés était compétent pour connaître des mesures provisoires durant la procédure du divorce. Elle développe les moyens suivants, consignés dans une note de plaidoirie :

- Le dépôt de la demande en divorce avant la plaidoirie devant le juge des référés ne constituerait pas une norme d'ordre public, de sorte qu'il n'appartiendrait pas à la Cour de soulever d'office un moyen tiré de l'article 267bis du code civil.

- L'article 236 du code civil tel que modifié par la loi du 27 juillet 1997 permettrait d'assigner en divorce et en référé par un seul acte d'huissier. Dès lors, le législateur aurait « *nécessairement remis en cause les dispositions de l'article 267bis du code civil relatif à la saisine du juge des référés à compter de la date de dépôt au greffe de l'affaire au fond* ». Le législateur aurait « *nécessairement retenu que l'instance au fond est pendante devant le tribunal d'arrondissement dès la saisine du juge des référés près le tribunal d'arrondissement* ».

- Cette loi du 27 juillet 1997, postérieure à celle du 15 mars 1993 ayant introduit l'article 267bis du code civil, primerait et aurait remis en cause les dispositions de l'article 267bis.

-L'exigence d'un dépôt de l'affaire de divorce avant les plaidoiries devant le juge des référés « *viderait de sa substance la fonction du juge des référés* ». Le juge des référés, ayant pour mission de régler les situations d'urgence, ne pourrait pas statuer avant l'expiration du délai de constitution d'avocat.

-De nombreuses décisions auraient été rendues en instance d'appel à un moment où l'assignation en divorce n'aurait pas été enrôlée. Un revirement de jurisprudence créerait une insécurité juridique et une « *disparité de traitement entre les justiciables* ».

-En vue de la plaidoirie devant le juge des référés, l'assignation contenant tant l'assignation au fond que l'assignation devant le juge des référés aurait été déposée au greffe du tribunal. Le dépôt de cette assignation double au greffe vaudrait dépôt tant de l'affaire de divorce que de l'affaire de référé. L'affaire de divorce aurait donc été déposée et le juge des référés aurait été compétent.

La Cour retient que 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 disposition a été introduite au code civil par l'article VIIbis de la loi du 5 décembre 1978 portant réforme du divorce qui a la teneur suivante :

« *L'article 267bis est modifié et complété comme suit:*

Art. 267bis. Le président statuant en référé, le ministère public entendu, connaît 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, y compris le recours réglé par les articles 864 - 1 à 864 - 6 du code de procédure civile.

Le procureur d'Etat peut prendre tous renseignements utiles concernant la situation morale et matérielle des enfants.

L'information est en tout cas, communiquée aux parties.

Dès le dépôt de la demande au greffe, le président statuant en référé, est compétent pour prendre les mesures provisoires prévues au présent article. »

La règle a été introduite sur proposition d'amendements du 15 février 1977 du ministre de la justice, motivée comme suit :

« *On me signale un problème pratique ayant trait aux mesures provisoires dans la procédure en divorce. D'après l'art. 267bis le juge des référés peut prendre en tout état de cause les mesures provisoires relatives aux enfants, aux aliments et aux biens des époux que comporte la situation. Mais, il ne peut intervenir qu'à partir du moment où procéduralement l'affaire est engagée, c'est-à-dire à partir de la présentation de la demande au président du tribunal. Or, cette présentation n'a souvent lieu que des semaines après le dépôt de la demande au greffe. Pendant cet intervalle, le demandeur reste sans aucune protection. Non seulement le sort des enfants reste en suspens et à la merci de voies de fait, mais l'autre conjoint peut profiter de cet intervalle pour faire disparaître des biens communs.*

Cette situation ne se présente pas en matière de séparation de corps où il n'existe pas de présentation de la demande et où partant le juge des

référé peut être saisi dès l'introduction de la demande. Pour aligner la situation en matière de divorce pour cause déterminée sur celle en matière de séparation de corps, il se recommanderait de compléter l'art. 236 du Code civil par un alinéa qui pourrait avoir la teneur suivante : "Dès le dépôt de la demande en divorce au greffe, le président statuant en référé est compétent pour prendre les mesures provisoires prévues à l'art. 267bis". Cette mesure pratique pourrait remédier à bien des situations dramatiques où des décisions urgentes doivent être prises pour éviter des conséquences irrémédiables. D'ailleurs, on peut considérer que la procédure est engagée dès le dépôt de la demande au greffe, la date de la présentation au président dépendant uniquement des vicissitudes administratives. Au cas où la commission juridique partageait ces considérations elle pourrait reprendre la présente proposition comme amendement. » (Doc.parl. no 1845, pages 133 et 134)

Dans son rapport du 24 avril 1978, la commission juridique de la chambre des députés, en examinant l'article II, fait le commentaire suivant:

« Article 236

L'article 236 prévoit que c'est dès le dépôt de la demande en divorce au greffe, que le président statuant en référé est compétent pour prendre les mesures provisoires prévues à l'article 267bis, c'est-à-dire relatives à la personne, aux aliments et aux biens, tant des parties que des enfants. La Commission se rallie à cette proposition gouvernementale qui est de nature à combler une grave lacune.

En effet, en l'état actuel, il est admis que le juge des référés ne peut intervenir qu'à partir du moment où la procédure est engagée, c'est-à-dire à partir de la présentation de la demande en divorce au président du tribunal. Celle-ci étant postérieure au dépôt de la demande, la partie demanderesse n'est pas protégée, la partie défenderesse pouvant mettre à profit cet intervalle pour créer des faits accomplis au préjudice des enfants et des biens communs. Désormais la procédure de référé pourra être engagée dès le dépôt au greffe de la demande en divorce. » (Doc. parl. no 1845, page 142)

Il résulte des travaux parlementaires que l'article 267bis, tel que mis en vigueur par la loi du 5 décembre 1978, confère compétence au juge des référés pour connaître des mesures provisoires dès le dépôt au greffe de la demande en divorce.

Depuis cette loi, la compétence du juge des référés ne dépend plus de la présentation de la demande en divorce au président du tribunal, mais du dépôt au greffe de la demande en divorce.

Cette règle de compétence de l'article 267bis n'a pas été modifiée depuis 1978 et l'article 267bis dispose toujours que le président connaît des mesures provisoires dès le dépôt de la demande en divorce.

Si le législateur a modifié la procédure du divorce, notamment la forme de la demande en divorce et le premier acte à déposer, il n'a à aucun moment choisi de rattacher la compétence du juge des référés à un acte autre que le dépôt de la demande en divorce. Le législateur n'a rattaché la compétence du juge des référés ni à la signification de l'assignation en divorce ni à la remise de l'assignation en divorce à l'huissier de justice en vue de la signification. Le législateur n'a pas opté pour la suppression du rattachement de la compétence au dépôt de la demande.

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 a autorisé 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 le dépôt au greffe de l'affaire de divorce.

Cette disposition n'a pas été supprimée bien que l'assignation en divorce ne soit désormais plus précédée de la présentation au président du tribunal de la demande déposée et que l'assignation en divorce soit désormais le premier acte de la procédure de divorce et le premier acte à déposer au greffe.

Malgré le changement de la forme de la demande en divorce, le législateur n'a pas supprimé la disposition suivant laquelle le président connaît des mesures provisoires dès le dépôt de la demande en divorce, dès lors qu'il n'a pas modifié la règle en disposant que le président connaît des mesures provisoires à compter de la signification de l'assignation en 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 que la règle de l'article 267bis du code civil 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 règle, relative à la compétence matérielle d'une juridiction, est d'ordre public.

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.

Au cas où une décision du juge des référés doit intervenir d'urgence, plus particulièrement dès avant l'expiration du délai de constitution d'avocat dans l'affaire de divorce, aucune règle de procédure n'interdit le dépôt de la demande en divorce dès la signification de l'assignation, au moment même du dépôt de l'affaire de référé.

Le maintien de la règle de la compétence rattachée au dépôt de la demande en divorce permet le jugement, sans retard, de l'affaire de référé, qui peut faire l'objet de la même assignation que l'affaire de divorce.

La Cour note encore que 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, suivant l'article 99 du nouveau code de procédure civile 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'acte introductif, avec indication notamment de la nature de l'affaire.

La Cour retient enfin qu'il appartient aux juridictions du fond, dont la Cour d'appel, d'appliquer la loi, sous le contrôle de la Cour de cassation. L'arrêt de règlement étant prohibé, l'application et l'interprétation d'une disposition légale dans un sens déterminé ne constituent pas un obstacle à une application et une interprétation dans un sens différent dans l'affaire particulière qu'une juridiction est appelée à trancher.

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 relatives au droit de visite et d'hébergement et aux

pensions alimentaires 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.

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 602/2012 du 21 décembre 2012,

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

condamne tant M. B.) que Mme 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.