

*Assistance judiciaire accordée à E) par décision du délégué du
bâtonnier en date du 26 novembre 2015*

Arrêt N° 168/16 – VII – REF

Audience publique du 30 novembre deux mille seize

Numéro 43019 du rôle.

Composition:

Astrid MAAS, président de chambre;
Marie-Laure MEYER, premier conseiller;
Monique HENTGEN, conseiller;
Daniel SCHROEDER, greffier.

E n t r e :

C),

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Luc KONSBRUCK, en remplacement de l'huissier de justice Pierre BIEL de Luxembourg en date du 30 octobre 2015,

comparant par Maître Marisa ROBERTO, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

E),

intimée aux fins du susdit exploit KONSBRUCK du 30 octobre 2015,

comparant par Maître Nicolas FRANCOIS, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par ordonnance du 21 septembre 2015 un juge du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, en remplacement du Président dudit tribunal, s'est déclaré incompétent pour connaître de la demande d'C) tendant à se voir remettre, à titre provisoire, un bien dépendant de l'indivision post communautaire des époux C) – E), en l'espèce le jet-ski, afin de lui permettre d'en faire usage.

A titre liminaire, la Cour retient que les mentions de cette ordonnance (à la page 1) d'après lesquelles celle-ci est rendue en audience publique des référés et par un vice-président, siégeant comme juge des référés sont à qualifier d'erreurs purement matérielles, et que partant elles sont à redresser par voie de réformation. Il ressort de l'ordonnance que le premier juge a expressément retenu, à bon droit, qu'il siégeait en la forme des référés, comme juge du fond.

Par exploit d'huissier de justice du 30 octobre 2015, C) a relevé appel de cette ordonnance qui, selon les déclarations des parties, ne lui a pas été signifiée.

L'appelant conclut, à titre principal à la nullité de l'ordonnance et il demande, à titre subsidiaire, par réformation, à voir dire que le président du tribunal d'arrondissement siégeant en la forme des référés, comme juge du fond, est compétent pour connaître de la demande.

A titre encore plus subsidiaire, et en cas d'évocation, il conclut à la condamnation de E) à lui remettre, sous peine d'astreinte, le jet-ski à titre provisoire.

Finalement, il réclame une indemnité de procédure de 2.000.- euros pour l'instance d'appel.

L'acte d'appel donne assignation à l'intimée à comparaître le mardi 24 novembre 2015, donc à date fixe, devant la Cour, siégeant en matière d'appels sur ordonnances de référé.

A l'audience du 8 novembre 2016 l'intimée a soulevé in limine litis l'incompétence ratione materiae de la Cour pour connaître de l'appel et elle a souligné que le premier juge n'a pas siégé en tant que juge des référés.

La partie appelante s'est rapportée à prudence de justice.

Appréciation

La Cour constate que l'acte d'appel indique à tort que dans le dispositif de l'ordonnance entreprise le premier juge a siégé « *en matière de référé* » alors que ce dispositif énonce clairement que le juge de première instance a siégé « *comme en matière de référé* ».

L'article 815-9 du Code civil (et non pas du NCPC, tel qu'indiqué à tort dans l'assignation du 13 juillet 2015) dispose comme suit :

« 1° Chaque indivisaire peut user et jouir des biens indivis conformément à leur destination, dans la mesure compatible avec le droit des autres indivisaires et avec l'effet des actes régulièrement passés au cours de l'indivision. A défaut d'accord entre les intéressés, l'exercice de ce droit est réglé, à titre provisoire, par le président du tribunal.

2° L'indivisaire qui use ou jouit privativement de la chose indivise est, sauf convention contraire, redevable d'une indemnité ».

Si cet article confère ainsi compétence au président du tribunal d'arrondissement pour connaître de la demande d'un indivisaire, il ne se prononce cependant ni quant à la qualité en laquelle le président intervient, ni quant à la procédure selon laquelle il est à saisir.

Ceci malgré le fait que lors des travaux parlementaires il avait, dans un souci de sécurité juridique, expressément été suggéré au législateur d'insérer les précisions afférentes dans le texte de loi à voter (Doc. parl. N° 3621, page 17).

On se trouve par conséquent en présence d'un article qui se limite à attribuer compétence au président du tribunal d'arrondissement, sans comporter la moindre référence expresse ou implicite au juge des référés ou aux pouvoirs le caractérisant.

Or, le président du tribunal d'arrondissement au Luxembourg - en France le président du tribunal de grande instance - dispose d'attributions se répartissant en deux catégories.

Dans l'une, qui couvre les ordonnances rendues sur assignation en référé dans le cadre d'une procédure contradictoire, ou sur simple requête dans le cadre d'une procédure unilatérale, le président rend une décision

provisoire qui ne touche pas le fond du droit et qui, même si elle effleure le fond, ne le tranche pas (Jean VINCENT et Serge GUINCHARD, Procédure Civile, édition 1996, n° 234 et 254).

Tant qu'il statue sur requête ou sur assignation en référé, le président ne peut prendre qu'une décision provisoire (Jean VINCENT et Serge GUINCHARD, précité, n° 254).

Dans l'autre catégorie, le président statue également seul, mais il rend une décision qui est définitive en ce qui concerne le fond (Jean VINCENT et Serge GUINCHARD, précité, n° 234).

Ainsi, le président se voit en certaines matières attribuer le pouvoir de trancher le fond du droit et de statuer définitivement, mais « en la forme des référés » ou « comme en matière de référé » (Jean VINCENT et Serge GUINCHARD, précité, n° 255 et 256).

Dans cette dernière catégorie d'attributions, le président statue en la forme des référés tout en étant juge du fond et non juge des référés (Jean VINCENT et Serge GUINCHARD, précité, n° 256).

Selon une jurisprudence constante, les mesures qu'il prend dans le cadre de l'article 815-9 du code civil ne le sont partant pas en la qualité de juge des référés, mais seulement « *en la forme des référés* », ce qui lui permet de statuer au fond et ses décisions ont l'autorité définitive de la chose jugée dans la mesure où elles touchent au fond (RTDC 1989, F. ZENATI, page 778).

Au vu de ce qui précède, le juge des référés est incompétent *ratione materiae* pour connaître de la demande basée sur l'article 815-9 du code civil. Pareille demande est à porter devant le président du tribunal d'arrondissement qui, tout en statuant en la forme des référés, statue au fond.

Dans le cas d'espèce, le juge de première instance a statué au fond, en la forme des référés, ce qui est correct.

L'appel dirigé contre son ordonnance doit partant être porté devant la Cour, statuant au fond et siégeant en matière civile.

La Cour, siégeant en matière d'appel de référé, est donc incompétente *ratione materiae* pour connaître de l'appel d'C).

L'appelant a requis une indemnité de procédure sur base de l'article 240 du NCPC.

Eu égard au sort réservé à son appel, cette demande requiert un rejet.

PAR CES MOTIFS :

La Cour d'appel, septième chambre, siégeant en matière d'appel de référé, statuant contradictoirement,

par rectification de l'ordonnance du 21 septembre 2015, dit que le juge statuant en remplacement du président du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siège comme en matière de référé, sur base de l'article 815-9 du code civil ;

se déclare incompétente *ratione materiae* pour connaître de l'appel ;

rejette la demande basée sur l'article 240 du NCPC ;

condamne C) aux frais et dépens de l'instance d'appel.