

Rôle N° 124307
Référé Divorce N° 440/2009 du 3 novembre 2009

Audience publique extraordinaire des référés tenue le mardi 3 novembre 2009, au tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, où étaient présents:

Gilles PETRY, juge-délégué au tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant comme juge des référés en remplacement du Président du tribunal d'arrondissement légitimement empêché;

Charles d'HUART, Greffier.

Dans la cause entre :

X.), demeurant à L-(...), (...);

partie demanderesse, comparant par Maître Virginie MERTZ, Avocat, en remplacement de Maître Gaston VOGEL, Avocat, les deux demeurant à Luxembourg;

e t :

Y.), demeurant à L-(...), (...);

partie défenderesse, comparant par Maître Carine MAITZNER, Avocat, en remplacement de Maître Lydie LORANG, Avocat, les deux demeurant à Luxembourg.

F a i t s :

A l'audience publique ordinaire du jeudi 22 octobre 2009, le mandataire de la partie demanderesse donna lecture au tribunal de l'assignation ci-avant reprise, développa les moyens de sa partie et en demanda le bénéfice.

Le mandataire de la partie défenderesse répliqua.

Sur ce, le juge des référés prit l'affaire en délibéré et rendit à l'audience extraordinaire de ce jour:

l'ordonnance qui suit :

Par exploit d'assignation en référé-divorce du 4 septembre 2009, X.) a fait comparaître son épouse Y.) devant le juge des référés pour voir modifier le droit de visite et d'hébergement relatif à l'enfant commun Z.), né le (...).

Par ordonnance de référé-divorce n° 70/2008 du 28 février 2008, (n° 110890 du rôle) X.) s'est vu accorder un droit de visite et d'hébergement relatif à l'enfant Z.) à exercer chaque deuxième fin de semaine du vendredi 18.00 heures au lundi 8.00 heures, et une journée par semaine, à déterminer entre parties, ainsi que pendant la moitié des vacances scolaires, à charge pour lui de ramener l'enfant auprès de sa mère.

Par jugement civil n°196/09 du 18 juin 2009 (frappé d'appel, selon les parties en cause, par Y.) en date du 25 août 2009 sur le volet de la pension alimentaire pour l'enfant X.) s'est vu accorder un droit de visite et d'hébergement relatif à l'enfant commun Z.) à exercer chaque deuxième week-end du mois du vendredi 18.00 heures au lundi 8.00 heures, ainsi que pendant une journée par semaine à déterminer librement entre parties, ainsi que pendant la moitié de toutes les vacances scolaires, à charge pour lui de ramener les enfants auprès de leur mère.

Une instance en divorce étant actuellement toujours pendante entre parties, le juge des référés est compétent pour connaître de la demande.

Actuellement, X.) demande à se voir accorder un droit de visite et d'hébergement chaque mardi et chaque jeudi de 17.00 heures au lendemain matin

8.00 heures début des cours, un week-end sur deux du vendredi 18.00 heures au lundi 8.00 heures et la moitié des vacances scolaires (pour les années paires pendant la première moitié des toutes les vacances scolaires et pour les années impaires pendant la deuxième moitié de toutes les vacances scolaires, à savoir Noël, Pâques, Carnaval, Pentecôte, Toussaint et les grandes vacances d'été).

A l'appui de sa demande **X.)** soutient qu'il habite dans la même rue que la défenderesse, de sorte que le droit de visite et d'hébergement en semaine tel que demandé pourrait s'exercer sans difficultés. Il soutient encore que pendant la semaine il garderait déjà actuellement les mardi et jeudi l'enfant **Z.)** à la maison de la mère lorsque celle-ci suit des cours de comptabilité. Dès lors, il y aurait lieu à l'aménagement de son droit de visite et d'hébergement et de l'adapter aux circonstances nouvelles.

Y.) soulève l'irrecevabilité de la demande de son époux pour défaut d'élément nouveau justifiant la révision du droit de visite et d'hébergement.

Aux termes de l'article 938 du nouveau code de procédure civile, les ordonnances de référé ont autorité de chose jugée au provisoire et elles ne peuvent être modifiées ou rapportées en référé qu'en cas de circonstances nouvelles. Si postérieurement à l'ordonnance rendue il intervient un fait nouveau qui modifie la situation des parties, le juge des référés est en droit de revenir sur sa décision pour l'adapter aux circonstances nouvelles (Cour d'appel, référé divorce, 17 octobre 2001, numéro du rôle 25273).

Par «*circonstances nouvelles*» propres à justifier l'application de l'article 938 précité, on entend celles qui, non connues des parties à l'époque où le juge a été primitivement saisi, ont modifié, soit leurs relations juridiques, soit la situation de fait, en fonction de laquelle la décision initiale a pu être rendue (Tribunal d'arrondissement, référé divorce 92/2005, 9 mars 2005, numéro du rôle 93189).

Dès lors, il importe de déterminer si des circonstances nouvelles survenues depuis la décision antérieure permettent de procéder à la modification du droit de visite et d'hébergement arrêté.

Y.) confirme que depuis septembre 2009, le père garde l'enfant **Z.)** en son absence les mardi et jeudi (fin d'après-midi et soir).

Quant aux circonstances nouvelles, le Tribunal constate que les époux habitent toujours aux mêmes adresses qu'en février 2008, de sorte que le fait que les deux parents habitent dans la même rue n'est pas à considérer comme élément nouveau. Le Tribunal considère en outre, même s'il est admis que le père exerce actuellement un droit de visite les mardi et jeudi fin d'après-midi et soir, en raison

de l'absence de la mère pendant quelques heures, que ceci n'est pas une raison pour élargir le droit de visite et d'hébergement qu'il exerce pour le moment. Le simple fait que X.) dépanne en quelque sorte son épouse actuellement les soirs lors desquels celle-ci suit des cours est louable, mais ne saurait à lui seul être considéré comme élément nouveau justifiant une modification du droit de visite et d'hébergement lui accordé suivant ordonnance du 28 février 2008.

Il ne résulte d'aucune circonstance dans les débats que la relation juridique des parties ou la situation de fait, en fonction de laquelle la décision précédente a été rendue, ont changé.

Dès lors, il y a lieu de déclarer irrecevable la demande de X.).

X.) demande de condamner Y.) à lui payer une indemnité de procédure de 800 euros sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

La partie X.) ne justifiant l'iniquité requise pour l'application de l'article 240 du nouveau code de procédure civile, sa demande en allocation d'une indemnité de procédure est à rejeter.

L'exécution de l'ordonnance sur minute et avant enregistrement n'est pas motivée par la partie demanderesse et n'est pas justifiée au vu des éléments soumis à l'appréciation du tribunal.

P a r c e s m o t i f s :

Nous, Gilles PETRY, juge-délégué au tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant comme juge des référés en remplacement du Président du tribunal d'arrondissement, statuant contradictoirement ;

Nous déclarons compétent pour connaître de la demande ;

déclarons irrecevable la demande de X.) ;

rejetons la demande de X.) en allocation d'une indemnité de procédure sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile ;

condamnons X.) aux frais et dépens de sa demande.