Arrêt N° 135/19 - I – CIV (aff.fam.)

Arrêt civil

Audience publique du vingt-six juin deux mille dix-neuf

Numéro CAL-2019-00510 du rôle

rendu par la première chambre de la Cour d'appel, siégeant en matière civile, dans la cause

E n t r e :

A), né le (…), demeurant à L-(…),

appelant aux termes d'une requête d'appel déposée au greffe de la Cour d'appel le 20 mai 2019,

représenté par Maître Deidre DU BOIS, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

B), née le 29 août 1975 en France à Guérande, demeurant à L-1361 Luxembourg, 3, rue de l'Ordre de la Couronne de Chêne,

intimée aux fins de la prédite requête d'appel,

représentée par Maître Marisa ROBERTO, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

L A C O U R D ' A P P E L :

Saisi d'une requête de B) tendant à l'autoriser à aller habiter avec les enfants communs mineurs Enfant 1) et Enfant 2) à Bruxelles, le juge aux affaires familiales a fait droit à cette demande par jugement du 3 mai 2019.

Par requête déposée le 20 mai 2019 au greffe de la Cour d'appel, A) relève régulièrement appel de ce jugement et il demande par réformation du jugement d'interdire à B) d'aller habiter à Bruxelles avec les deux enfants communs mineurs Enfant 1) et Enfant 2).

A l'audience de la Cour, le problème de la compétence du juge aux affaires familiales statuant au fond pour connaître de la présente affaire a été soulevé d'office.

Les parties B) et A) ont introduit une demande en divorce le 8 août 2018, soit sous l'ancien régime, par ordonnance du juge des référés du 20 septembre 2018 confirmée par arrêt de la Cour d'appel du 19 décembre 2018 B) a été autorisée à résider provisoirement à l'ancien domicile familial et « la garde » provisoire des deux enfants lui a été accordée.

Il est acquis que depuis l'entrée en vigueur de la loi du 27 juin 2018, la séparation des parents est sans incidence sur les règles de la dévolution de l'exercice de l'autorité parentale (article 376 du Code civil), de sorte que les parents séparés continuent à exercer conjointement l'autorité parentale à l'égard de leurs enfants communs mineurs. Pendant la procédure de divorce dans le cadre des mesures provisoires, la résidence des enfants communs mineurs est fixée par le juge.

Ainsi la résidence des deux enfants Enfant 1) et Enfant 2) auprès de leur mère n'est que provisoire en attendant que le jugement de divorce au fond du six juin 2019 ait acquis autorité de chose jugée.

L'ancien article 267 bis du Code civil, restant d'application à la présente cause en vertu des dispositions transitoires de la loi du 27 juin 2018, accorde compétence au président du tribunal saisi de la demande en divorce pour statuer en référé sur « les mesures provisoires relatives à la personne, aux aliments et aux biens tant des parties que des enfants » (paragr. 1er). Aux termes du paragraphe 4 dudit article visant la situation où le divorce a été irrévocablement prononcé sans que toutes les mesures accessoires aient été prises, les mesures provisoires à prendre en référé s'entendent des mesures « sur lesquelles il n'a pu être statué définitivement au fond ou qui peuvent être nécessaires en raison de l'instance pendante ».

Les mesures provisoires de référé-divorce visent à régler une situation de séparation qui, dans une certaine mesure, préfigure celle qui suivra le prononcé du divorce. Elles organisent la période transitoire de l'instance en divorce et sont essentiellement temporaires, ne valant en principe que pour la durée de l'instance.

L'ancien article 375-1 du Code civil a accordé, en cas de désaccord des parents, compétence de droit commun au juge des tutelles en disposant que « si les père et mère ne parviennent pas à s'accorder sur ce qu'exige l'intérêt de l'enfant, l'époux le plus diligent pourra saisir le juge des tutelles qui statuera après avoir tenté de concilier les parties ».

Conformément à la jurisprudence (cf. arrêt référé-divorce du 11.12.2013 numéro 40182 du rôle), sont en vertu de l'article 375-1 du Code civil de la compétence du juge des tutelles, en raison de leur portée, les litiges nés du désaccord des père et mère sur des questions primordiales intéressant la vie et l'éducation des enfants, tels le choix d'un établissement scolaire, l'orientation professionnelle, l'éducation religieuse, l'opportunité d'un traitement médical, le port d'un nom, etc., soit des questions qui ne sont pas liées directement à l'instance en divorce et qui ne sont pas de même nature que les mesures portant sur l'organisation de l'autorité parentale et

plus précisément sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale – fixation de la résidence habituelle de l'enfant, aménagement des relations personnelles entre parents et enfants, exercice de l'autorité parentale par un seul des père et mère – et portant sur la contribution à l'entretien et l'éducation des enfants.

Partant, contrairement à la motivation du jugement déféré et aux développements faits à l'audience par la partie appelante, la présente demande qui ne porte pas sur une question primordiale ou de fond intéressant la vie et l'éducation des enfants, tels le choix d'un établissement scolaire, l'orientation professionnelle, l'éducation religieuse, l'opportunité d'un traitement médical, ne constitue pas une demande nouvelle par rapport à l'instance de divorce dans le cadre de laquelle la résidence des enfants a été provisoirement fixée, de sorte qu'elle est à considérer comme une modification des modalités d'exercice de l'autorité parentale fixées provisoirement par le juge des référés.

En considération des développements qui précèdent et des dispositions transitoires de loi du 27 juin 2018, le juge aux affaires familiales est incompétent pour statuer sur la demande de transfert de résidence pendant la procédure de divorce.

Par ces motifs

la Cour d'appel, première chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement,

reçoit l'appel en la forme,

le déclare fondé,

réformant,

dit que le juge aux affaires familiales est incompétent pour connaître de la demande présentée par B),

condamne B) aux frais et dépens des deux instances.

Ainsi fait, jugé et prononcé à l'audience publique où étaient présentes:

Odette PAULY, président de chambre,
Agnès ZAGO, premier conseiller,
Yannick DIDLINGER, conseiller,
Brigitte COLLING, greffier.