

Par exploit d'huissier du 11 février 2010 X. avait assigné Y. en divorce. Par le même exploit d'assignation elle a fait comparaître son époux devant le juge des référés pour voir statuer sur les mesures provisoires pendant la procédure de divorce ; en vertu d'une ordonnance présidentielle du 10 février 2010 y annexée elle demande, par ailleurs, sur base de l'article 1017-7 du NCPC à lui ordonner de quitter le domicile conjugal et à lui interdire d'y retourner avant l'expiration d'un délai de trois mois et sur base de l'article 1017-8 du NCPC à lui enjoindre :

- l'interdiction de prendre contact avec la partie demanderesse,
- l'interdiction d'envoyer des messages à la partie demanderesse,
- l'interdiction de s'approcher de la partie demanderesse de plus d'une distance à définir,
- l'interdiction d'établir son domicile dans le même quartier que la partie demanderesse,
- l'interdiction de fréquenter certains endroits,
- l'interdiction d'emprunter certains itinéraires,
- l'interdiction, renouvelable, à fixer par le Président, d'héberger son ou ses enfants ou de voir son ou ses enfants en-dehors d'une structure spécialisée désignée par lui en attendant toute autre décision judiciaire à intervenir en matière de droit de garde et de visite,
- l'injonction de laisser la partie demanderesse entrer au domicile commun pour enlever ses affaires personnelles.

Par ordonnance no 101/2010 du 23 février 2010 le juge des référés avait déclaré les demandes introduites par X. sur base des articles 1017-7 et 1017-8 du NCPC non fondées partant l'en avait débouté. Il avait débouté Y. de sa demande du chef de procédure abusive et vexatoire et avait condamné ce-pendant X. à lui payer une indemnité de procédure de 200 € sur base de l'article 240 du NCPC.

Pour le surplus et quant à la demande de X. relative aux mesures provisoires durant l'instance de divorce il avait re-fixé les débats pour plaidoiries à l'audience publique du jeudi 4 mars 2010 à 15.00 heures, salle TL.0.11, bâtiment TL, à la Cité Judiciaire. Il avait encore réservé les frais et les dépens et ordonné l'exécution provisoire de l'ordonnance, nonobstant toute voie de recours.

Il résulte des termes de cette ordonnance que de l'accord des parties il y a lieu de refixer cette de-mande de X. relative aux mesures accessoires, pour plaidoiries à l'audience du 4 mars 2010.

A l'audience du 4 mars 2010 ce rôle a été refixé ainsi qu'à l'audience du 15 avril 2010 ce rôle a une nouvelle fois été refixé à la demande du mandataire de la partie X., qui avait demandé l'exoine.

Par courrier du 22 avril 2010, le mandataire de X. a informé le Juge des référés qu'elle déposait man-dat. Ce courrier est intervenu le jour où l'affaire était fixée péremptoirement aux fins de plaidoiries.

Afin de permettre à X. de pourvoir se faire représenter par un nouveau mandataire, l'affaire a été fixée, une nouvelle fois de façon péremptoire à l'audience du 29 avril 2010.

Lors de l'audience du 29 avril 2010, X. a fait rayer le rôle 127555, vidé partiellement par l'ordonnance nr 101 du 23 février 2010.

Une demande de désistement émanant de l'avocat luxembourgeois de X. a été présentée à l'audience du 28 avril 2010, non acceptée par la partie Y., qui a présenté une demande reconventionnelle par écrit en date du 3 juin 2010, déposée au greffe du 4 juin 2010 et réitérée à l'audience du 5 juillet 2010, réclamant la garde des 5 enfants et une pension alimentaire de 1000 .- € pour les enfants soit 200 .- € par enfant.

## II. Rôle no 129571

Par exploit d'huissier du 3 mai 2010, Y. a assigné X. en divorce. Par le même exploit d'assignation, il a fait comparaître son épouse devant le juge des référés pour voir statuer sur les mesures provisoires pendant la procédure de divorce notamment en demandant la résidence séparée à son adresse actuelle, la garde des 5 enfants et une pension alimentaire de 1000.- € pour les enfants soit 200 .- € par enfant.

A l'audience du 3 juin 2010 ce rôle no 129571 a été refixée au 5 juillet 2010, aux fins de plaidoiries, ensemble avec le rôle no 127555, qui avait fait l'objet d'une radiation, et qui avait été reproduit à cette audience.

Le 11 mai 2010, X. a quitté avec les cinq enfants communs mineurs le territoire luxembourgeois pour aller s'établir à F-62510 Arques,.

## B La procédure française

En date du 26 avril 2010 X. a déposé devant le juge aux affaires familiales du Tribunal de Grande Instance de Paris une requête unilatérale en obtention de mesures urgentes sur base de l'urgence.

Par une ordonnance du 27 avril 2010, le juge aux affaires familiales :

- a autorisé la résidence séparée des époux à l'adresse de leur choix ;
- a fixé provisoirement chez la mère la résidence principale des 5 enfants
- a accordé à Y. un droit de visite et d'hébergement, pour les quatre aînés chaque deuxième week-end, du vendredi à la sortie de l'école, au lundi matin, à la rentrée de l'école, ainsi que durant la première moitié des vacances scolaires les années paires, vacances qui seront divisées par quinzaine, et pour Jacques, un simple droit de visite de 10.00 heures à 18.00 heures et un droit de visite et d'hébergement équivalent à ses frères et soeur à compter de son troisième anniversaire ;
- a autorisé la partie X. à assigner son époux aux fins de conciliation pour le 30 juin 2010.

Y. n'a pas été entendu par le juge aux affaires familiales sur les griefs lui reprochés par son épouse.

L'ordonnance a été rendue sur base de la requête unilatérale, et sur base des pièces versées par X., pièces qui ne comportaient pas l'assignation en divorce et référé divorce a introduite devant les juridictions luxembourgeoises le 11 février 2010, sa saisie du Tribunal de la Jeunesse luxembourgeois et l'ordonnance du 23 février 2010 rendue par le juge des référés siégeant en matière de référé divorce.

En date du 17 mai 2010 Y. a, par l'intermédiaire de son mandataire français, introduit une demande en rétractation de l'ordonnance française intervenue en date du 27 avril 2010.

Le 30 juin 2010, les parties ont comparu, ensemble avec leurs mandataires, devant le juge aux affaires familiales de Paris, aux fins de voir statuer sur le volet de l'exception de litispendance soulevé par Y. et sur celui de la compétence du juge français saisi.

Le prononcé a été fixé au courant du mois de septembre 2010.

## 2. A Les moyens de Y.

Le mandataire de Y. demande la jonction des deux rôles no 127555 et 129571.

Il demande au juge de se déclarer compétent et de faire droit à ses demandes.

A l'audience du 5 juillet 2010, Y. demande encore par conclusions écrites une expertise de X. par un expert médecin psychologue.

## 2. B Les moyens de X.

A l'audience du 5 juillet 2010 X. fait soulever les moyens suivants.

X. fait encore invoquer une violation des droits de la défense et demande le rejet d'une note de plaidoiries versée à l'audience du 5 juillet 2010, au motif qu'à la suite de la remise tardive des conclusions par l'avocat de Y. à l'audience du 5 juillet 2010, le principe du contradictoire aurait été rompu.

X. soulève l'incompétence territoriale sur base de la convention de Bruxelles au motif qu'elle résiderait à l'heure actuelle en France avec les enfants. Le juge luxembourgeois devrait se dessaisir au profit du juge des affaires matrimoniales qui aurait rendue en date du 27 avril 2010 une ordonnance sur requête unilatérale, accordant aux époux la résidence séparée et la résidence des enfants communs au-près de X., cette dernière se serait par ailleurs désistée de son action introduite par exploit du 11 février 2010 (rôle 127555), le juge des référés serait incompétent pour statuer dans la présente affaire et devrait se désister au profit du juge français, l'affaire de rétractation de l'ordonnance rendue en date du 27 avril 2010 par le juge des affaires familiales serait fixée au 16 septembre 2010.

A titre subsidiaire elle demande de limiter les débats sur ces points et de refixer les mesures accessoires.

A l'audience du 5 juillet 2010 les mandataires de X. avaient encore réclamé la présence du président du tribunal d'arrondissement à l'audience pour entendre leurs moyens et statuer sur les incidents.

Sur question spéciale du tribunal, les mandataires de X. ont déclaré refuser respectivement ne pas vouloir plaider sur les mesures accessoires et ont demandé de refixer ce chef des deux demandes.

3. La demande de X. réclamant la présence du Président du tribunal d'arrondissement pour statuer sur les incidents.

Le juge saisi, siège comme juge des référés, en remplacement du Président du tribunal d'arrondissement, est compétent pour entendre les moyens des parties et statuer sur les incidents.

Cette demande est partant irrecevable

4. La demande de rejet des conclusions pour violation du principe du contradictoire

A l'audience du 5 juillet 2010 les mandataires de X. demandent tout d'abord une remise, qui ne leur a pas été accordée, en raison de la communication le jour de l'audience d'une note de plaidoiries et invoquent pour cette raison la violation de l'article 6 de la CHDH pour violation des droits de la défense alors que les mandataires de X. n'auraient pas pu consulter cette note avant l'audience.

Il est en principe que dans le cadre des procédures rapides, telle que celle du référé, la communication des pièces respectivement des notes de plaidoiries peut encore valablement intervenir à l'audience même qui est réservée à l'exposé du litige. Le seul fait de communiquer une pièce à l'audience réservée aux plaidoiries d'une affaire de référé ne constitue pas, en l'absence de tout autre élément, une violation des droits de la défense (Cour 1.7.1997 no. rôle 19845).

Il en est de même pour des conclusions écrites versées à l'audience.

Ces conclusions ont été exposées à l'audience et les mandataires de X. ont pu prendre position contradictoirement quant à ces conclusions, tout en refusant de plaider sur les différentes demandes, de sorte que le principe du contradictoire a été respecté en l'espèce.

Ils ne se sont pas réservés à l'audience le droit de verser encore une note en cours de délibéré.

Il s'en suit que le moyen est à rejeter et les conclusions sont à maintenir aux débats.

5. La radiation de l'affaire inscrite sous le no 127555 du rôle

Lors de l'audience devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière de référé divorce du 29 avril 2010, X. avait fait rayer le rôle no 127555, vidé partiellement par l'ordonnance nr 101 du 23 février 2010.

La radiation de l'affaire du rôle est une mesure d'ordre intérieur du tribunal qui ne peut en rien préjudicier aux droits des parties et qui n'éteint nullement l'action. Elle n'a d'autre effet que de faire refuser audience aux parties jusqu'à ce que la cause ait été réintégrée régulièrement. La radiation, même sollicitée expressément, ne constitue ni un acquiescement, ni un désistement, de sorte que l'instance continue à exister entre parties jusqu'à péremption ou désistement d'instance. La radiation est volontaire si elle est sollicitée par les parties ou par l'une d'elles, et la partie poursuivie a toujours le droit de faire maintenir la cause bien que l'adversaire réclame sa radiation (TAL 18 décembre 1986, no 36573 du rôle).

Ces conditions sont remplies en l'espèce. Pour le surplus ce rôle no 127555 a été vidé partiellement par l'ordonnance no 101 du 23 février 2010, qui a refixé les autres demandes au 4 mars 2010.

La partie défenderesse Y. avait en effet formé une demande en allocation d'une indemnité pour pro-cédure vexatoire et abusive et avait conclu quant à la demande basée sur l'article 1017-7 et 8 et suite à l'accord des parties, la demande de X. relative aux mesures provisoires avait remise à une audience du 4 mars 2010 et cette demande n'a pas encore été vidée. Y. ayant fait une demande reconventionnelle dans le cadre de ce rôle en date du 3 juin réitérée le 5 juillet 2010.

Par ailleurs par exploit du 3 mai 2010 l'époux a introduit une demande en divorce et devant le juge des référés relative aux mesures provisoires contre X..

Pour le surplus à l'audience du 3 juin 2010 le rôle no 129571 a été refixé au 5 juillet 2010, aux fins de plaidoiries, ensemble avec le rôle no 127555, qui avait été reproduit lors de cette audience.

Les demandes respectives relatives au divorce et quant aux mesures provisoires ne sont pas encore vidées. Les actions y relatives sont toujours pendantes et ne sont partant pas éteintes.

En l'occurrence, il n'y a pas lieu de faire droit à la demande de X. tendant à la radiation du rôle no 127555, compte tenu de tout ce qui précède.

#### 6. Le désistement d'instance du rôle no 127555

Une demande de désistement émanant de l'avocat luxembourgeois de X. a été présentée à l'audience du 28 avril 2010, non acceptée par la partie Y., qui a présenté une demande reconventionnelle par écrit en date du 3 juin 2010 déposé au greffe le 4 juin 2010 et réitérée à l'audience du 5 juillet 2010 ainsi que par exploit du 3 mai 2010 réclamant la garde des 5 enfants et une pension alimentaire de 1.000.- € pour les enfants soit 200.- € par enfant.

Le mode de désistement des instances soumises à la juridiction des référés n'étant pas déterminé, le désistement donné oralement est à déclarer régulier (cf. Encyclopédie Dalloz, Procédure civile et commerciale, Vo. désistement, no. 12).

Le désistement d'instance est possible sans le consentement du défendeur tant que celui-ci n'a pas accepté le débat soit par la signification de défenses au fond, soit par la présentation d'une demande reconventionnelle, parce que jusqu'à ce moment l'instance appartient au demandeur et que le défendeur n'a pas un droit acquis à ce qu'elle se

poursuive. Le désistement de l'instance est subordonné à l'acceptation du défendeur si celui-ci a formé une demande incidente. L'acceptation du défendeur n'est cependant requise que si la demande incidente, en l'espèce la demande reconventionnelle, constitue une véritable prétention au fond.

Le désistement d'instance, s'il ne se réalise pas par la volonté des parties, c'est-à-dire si l'une de celles-ci le refuse, sera imposé par le juge qui pourra passer outre à ce refus par une décision qui prononcera un désistement judiciaire. Le tribunal peut imposer à la partie défenderesse l'acceptation, lorsque cette dernière n'a aucun intérêt, ni aucun motif légitime de ne pas l'accepter (Cass. Lux. 15.6.67, Pas. 20, p.315). Si le défendeur n'a plus intérêt à poursuivre sa défense, à la suite du désistement qui lui est offert, il doit accepter celui-ci. Il en a été jugé ainsi lorsque le demandeur se désiste parce que sa demande est irrecevable (voir Dalloz, Répertoire pratique de procédure civile, verbo Désistement, nos 73 et ss.).

En l'occurrence, le désistement d'instance n'a pas été accepté par Y., qui avait présenté une demande reconventionnelle en allocation de dommages-intérêts pour procédure vexatoire et abusive et avait conclu quant à la demande basée sur l'article 1017-7 et 8 et que de l'accord des parties, la demande de X. relative aux mesures provisoires avait remise à une audience du 4 mars 2010 et cette demande n'a pas encore été vidée. Y. ayant fait une demande reconventionnelle dans le cadre de cette affaire en date du 3 juin réitérée le 5 juillet 2010.

Y. justifie d'un intérêt à poursuivre ses demandes et de présenter sa défense dans le rôle no 127555.

Le juge des référés reste saisi par la demande reconventionnelle de Y. et par les instances introduites par les exploits d'assignation du 23 février 2010 et du 3 mai 2010. Il est ainsi compétent pour connaître de ces demandes, dont l'une n'est pas encore vidée définitivement, de sorte que la demande en désistement de X. est irrecevable.

#### 7. La compétence du juge luxembourgeois saisi

X. a introduit une demande en date du 26 avril 2010 également devant les juridictions françaises par requête postérieure à sa première demande en divorce toujours pendante.

X. n'a fait une déclaration de départ du Luxembourg vers la France avec les enfants communs qu'en date du 11 mai 2010.

Y. estime que le juge des référés luxembourgeois est compétent pour connaître des mesures provisoires, alors qu'au vu des pièces du dossier, les parties, de nationalité étrangère, avaient au moment du dépôt de

la demande en divorce devant les juridictions luxembourgeoises leur domicile commun à Mamer et que les enfants communs résidaient au Grand-Duché à cette époque.

Il demande partant à ce que le juge des référés luxembourgeois se déclare compétent *ratione loci* au détriment du juge étranger saisi en second lieu.

X. estime qu'en vertu du règlement (CE) n° 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 abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000, la juridiction saisie, en l'espèce le juge des référés luxembourgeois, doit surseoir d'office à statuer jusqu'à ce que la compétence de la juridiction française soit établie.

Ce moyen est toutefois à écarter dans la mesure où l'article 19 précité est relatif à la litispendance résultant de « demandes en divorce » formées devant des juridictions d'Etats membres différents, soit donc d'actions au fond.

Or, en vertu de l'article 20 du règlement précité, les juridictions d'un Etat membre peuvent prendre des mesures provisoires ou conservatoires relatives aux personnes ou aux biens présents dans cet Etat, prévues par la loi de cet Etat membre même si, en vertu dudit règlement, une juridiction d'un autre Etat membre est compétente pour connaître du fond.

Le défaut de litispendance se justifie par le fait que l'instance en référé n'est pas une instance au sens juridique du terme, puisque le juge des référés, à la différence du tribunal, n'a pas la plénitude de juridiction et ses décisions n'ont pas l'autorité de chose jugée.

Les demandes en divorce respectives sont toujours pendantes au Luxembourg.

Le juge des référés luxembourgeois saisi, par ailleurs en premier lieu, est et reste partant compétent pour statuer sur les mesures provisoires entre parties.

Dans l'intérêt de la bonne administration de la justice il y a lieu d'ordonner encore la jonction des rôles 127555 et 129571.

Il y a lieu cependant de refixer les débats sur les mesures accessoires à l'audience du 4 octobre 2010 pour continuation des débats sur les mesures provisoires.

Par ces motifs :

Nous, Brigitte KONZ, Vice-Présidente au tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant comme juge des référés en remplacement du Président du tribunal d'arrondissement, statuant contra-dictoirement ;

disons qu'il n'y a pas lieu à rejet des conclusions de Y. présentées et communiquées à l'audience du 5 juillet 2010 ;

déclarons non fondé le moyen tiré de la violation du principe du contradictoire et partons le rejetons ;

rejetons la demande en radiation du rôle no 127555 ;

déclarons la demande en désistement d'instance du rôle no 127555 irrecevable ;

ordonnons la jonction des rôles no 127555 et no 129571 ;

Nous déclarons territorialement compétent pour connaître des débats sur les mesures accessoires du divorce entre les époux X. et Y. ;

refixons l'affaire pour continuation des débats à l'audience publique du lundi 4 octobre 2010 à 9.00 heures, dans la salle TL.1.04 au 1er étage du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, bâtiment TL, à la Cité Judiciaire ;

réserveons les frais et les dépens ;

ordonnons l'exécution provisoire de la présente ordonnance nonobstant appel et sans caution.