N° 36 / 13.
du 2.5.2013.

Numéro 3172 du registre.

Audience publique de la Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg du jeudi, deux mai deux mille treize.

Composition:

Georges SANTER, président de la Cour,
Edmée CONZEMIUS, conseiller à la Cour de cassation,
Irène FOLSCHEID, conseiller à la Cour de cassation,
Monique BETZ, conseiller à la Cour de cassation,
Danielle SCHWEITZER, conseiller à la Cour d'appel,
Mylène REGENWETTER, avocat général,
Marie-Paule KURT, greffier à la Cour.

Entre:

X.), demeurant à L-(…),(…),(…),

demandeur en cassation,

comparant par Maître Valérie DUPONG, avocat à la Cour, en l'étude de laquelle domicile est élu,

et:

Y.), demeurant à A-(…), (…),(…),

défenderesse en cassation,

comparant par Maître Danielle WAGNER, avocat à la Cour, en l'étude de laquelle domicile est élu.

==========

LA COUR DE CASSATION :

Sur le rapport du conseiller Irène FOLSCHEID et sur les conclusions de l'avocat général Marie-Jeanne KAPPWEILER ;

Vu l'arrêt attaqué rendu le 18 avril 2012 sous le numéro 38138 du rôle par la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, deuxième chambre, siégeant en matière de référé ;

Vu le mémoire en cassation signifié le 2 août 2012 par X.) à Y.), déposé au greffe de la Cour le 6 août 2012 ;

Ecartant le mémoire en réponse signifié par la défenderesse en cassation au demandeur en cassation le 16 octobre 2012, en dehors du délai de deux mois prévu à l'article 15 de la loi du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation, qui ne prévoit pas d'augmentation des délais à raison des distances ;

Ecartant par voie de conséquence le mémoire en réplique du demandeur en cassation dans la mesure où il redresse l'appréciation faite par la défenderesse en cassation des faits servant de fondement au recours ;

Ecartant pour le surplus le mémoire en réplique pour sortir du cadre tracé par l'article 17 de la loi du 18 février 1885 ;

Sur les faits :

Attendu que le 7 juin 2011 X.) avait assigné Y.), accessoirement à une demande en divorce, devant le juge des référés du tribunal d'arrondissement de Luxembourg pour se voir accorder la garde provisoire des enfants communs, avec demande en allocation de pensions alimentaires pour les enfants ; que Y.) avait, de son côté, introduit le 6 juin 2011 une demande en divorce en Autriche où elle avait le 7 juin 2011 demandé la garde des enfants, ayant également engagé une procédure judiciaire en paiement d'aliments ;

Que, par ordonnance du 22 septembre 2011, le juge de référé-divorce, statuant sur la demande de X.), s'était déclaré territorialement incompétent pour en connaitre en retenant qu'il était devenu oiseux de statuer sur la nullité de l'assignation opposée par Y.) au motif que celle-ci ne lui avait pas été signifiée à son domicile en Autriche ;

Que par arrêt du 18 avril 2012 la Cour d'appel, par réformation, a dit nulle l'assignation en référé-divorce du 7 juin 2011 ;

Sur le premier moyen de cassation :

tiré *« de la violation de l'article 155, alinéa 5 du Nouveau code de procédure civile,*

en ce que la Cour d'appel a déclaré la signification au Luxembourg de l'assignation en référé-divorce du 7 juin 2011 à Madame Y.) irrégulière,

alors que, appliqué l'article 155, alinéa 5 du Nouveau code de procédure civile prévoit que << si la signification ne peut être faite à la personne du destinataire, la copie de l'acte est délivrée au domicile du destinataire (...) >>,

de sorte qu'en statuant comme elle l'a fait et déclarant irrégulière la signification réalisée au domicile du destinataire au Luxembourg, la Cour d'appel a violé l'article 155, alinéa 5 du Nouveau code de procédure civile » ;

Attendu que l'article 155 (5) du Nouveau code de procédure civile, invoqué par le demandeur en cassation à l'appui de son moyen, continue comme suit: « *S'il n'y demeure pas ou à défaut de domicile, la copie de l'acte est délivrée au lieu de sa résidence principale » ;*

Qu'aux termes de l'article 156 du Nouveau code de procédure civile: « *A l'égard des personnes domiciliées ou résidant à l'étranger, la signification est faite dans les formes de transmission convenues entre le Luxembourg et le pays du domicile ou de la résidence du destinataire » ;*

Attendu que la Cour d'appel a constaté que X.) est inscrit dans la commune de (…) au Grand-Duché de Luxembourg depuis le 5 mai 1997, que Y.) était et est toujours inscrite dans la commune de (…) en Autriche, qu'au début du mariage, contracté en décembre 2005, X.) se rendait le week-end chez sa femme en Autriche, que depuis avril 2009 ce fut elle qui venait avec les enfants à Luxembourg pendant des périodes plus ou moins longues, qu'il résulte d'un certificat de composition du ménage daté du 9 juin 2011 que Y.) et les enfants y sont inscrits comme demeurant en ménage commun avec X.) à (…) à partir du 9 mars 2009, que depuis mai 2011 Y.) restait avec les enfants à (…), refusant que les enfants rejoignent le père à (…), qu'elle a fait le 17 juin 2011 une déclaration de départ avec les enfants auprès de la commune de (…) vers (…), déclaration de départ qui n'était que la régularisation d'une situation de fait antérieure ;

Qu'en retenant dès lors que : « *La signification était à faire, en application de l'article 155, § 5, et de l'article 156 susvisés, en Autriche, à (...), au lieu de la '' résidence principale '' de Y.), qui coïncidait avec son domicile en Autriche >>,* la Cour d'appel n'a pas violé les dispositions légales visées aux moyens ;

Qu'il s'en suit que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le deuxième moyen de cassation :

tiré *« de la violation de l'article 160 du Nouveau code de procédure civile,*

En ce que la Cour d'appel a fait une mauvaise application de l'article 160 du Nouveau code de procédure civile,

Alors que l'article 160 précise dans son alinéa 2 que << les dispositions qui précèdent sont applicables au cas où un acte a été signifié à l'étranger, si la partie à la requête de laquelle l'acte a été signifié connaissait le domicile, le domicile élu ou la résidence au Luxembourg du destinataire de l'acte,

De sorte qu'en statuant comme elle l'a fait, elle a fait une fausse application de l'article 160 du Nouveau code de procédure civile » ;

Attendu que la Cour d'appel, retenant que X.), en faisant signifier l'assignation en référé à (…), savait pertinemment que Y.) n'y demeurait plus, a dit que l'inverse de la règle inscrite à l'article 160, alinéa 2, du Nouveau code de procédure civile doit être vrai aussi et que cette disposition doit s'appliquer également au cas où le requérant fait signifier l'acte au Luxembourg tout en connaissant le domicile ou la résidence à l'étranger du destinataire ;

Attendu toutefois que ce motif est surabondant, la constatation par les juges du fond de l'irrégularité de la signification étant à suffisance de droit motivée par le renvoi aux articles 155, § 5, et 156 du Nouveau code de procédure civile ;

Que le moyen est dès lors inopérant ;

Sur le troisième moyen de cassation :

tiré *« de la violation de l'article 264, alinéa 2 du Nouveau code de procédure civile,*

En ce que la Cour d'appel a reçu l'appel principal de Monsieur X.) et l'appel incident de Madame Y.), déclaré l'appel incident fondé, réformé l'ordonnance du 22 septembre 2011 rendue par le juge de référé-divorce de Luxembourg, déclaré l'assignation en référé-divorce du 7 juin 2011 nulle sans préciser les prétendus griefs de Madame Y.),

Alors que l'article 264, alinéa 2 du Nouveau code de procédure civile dispose qu'<< aucune nullité pour vice de forme des exploits ou des actes de procédure ne pourra être prononcée que s'il est justifié que l'inobservation de la formalité, même substantielle, aura pour effet de porter atteinte aux intérêts de la partie adverse >>,

De sorte qu'en statuant comme elle l'a fait et sans motiver en quoi consiste le grief de Madame Y.) la Cour d'appel a violé l'article 264 du Nouveau code de procédure civile » ;

Vu l'article 264, alinéa 2, du Nouveau code de procédure civile ;

Attendu que, selon cette disposition légale, une nullité pour vice de forme des exploits ne peut être prononcée que s'il est justifié que l'inobservation de la formalité, même substantielle, a pour effet de porter atteinte aux intérêts de la partie adverse ; que l'appréciation du grief se fait *in concreto*, en fonction des circonstances de l'espèce ;

Attendu que la Cour d'appel a dit : « *Cette signification irrégulière a porté atteinte aux intérêts de Y.). Il est tenu pour avéré en cause que Y.), suivant ses déclarations, n'a toujours pas reçu délivrance de l'assignation du 7 juin 2011 et que, si elle était présente à l'audience devant le premier juge à laquelle elle devait comparaître le lundi 20 juin 2011, c'est qu'elle en était informée par e-mail de X.) du 17 juin 2011. L'assignation en référé-divorce est donc à annuler.* »

Qu'en se déterminant ainsi, sans caractériser le grief subi *in concreto* par Y.), la Cour d'appel a violé la disposition légale susvisée ;

Que l'arrêt encourt dès lors la cassation ;

Sur la demande en allocation d'une indemnité de procédure de Y.):

Attendu que la défenderesse en cassation étant à condamner aux frais, sa demande en allocation d'une indemnité de procédure est à rejeter ;

Par ces motifs :

dit que le pourvoi est recevable ;

le dit fondé ;

casse et annule l'arrêt rendu le 18 avril 2012 par la Cour d'appel, deuxième chambre, siégeant en matière d'appel de référé, sous le numéro 38138 du rôle ;

déclare nuls et de nul effet ladite décision judiciaire et les actes qui s'en sont suivis et remet les parties dans l'état où elles se sont trouvées avant l'arrêt cassé et pour être fait droit, les renvoie devant la Cour d'appel, autrement composée ;

ordonne qu'à la diligence du procureur général d'Etat, le présent arrêt sera transcrit sur le registre de la Cour d'appel et qu'une mention renvoyant à la transcription de l'arrêt sera consignée en marge de l'arrêt annulé ;

rejette la demande en allocation d'une indemnité de procédure ;

condamne la défenderesse en cassation aux frais et dépens de l'instance en cassation avec distraction au profit de Maître Valérie DUPONG, sur ses affirmations de droit.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Monsieur le président Georges SANTER, en présence de Madame Mylène REGENWETTER, avocat général et de Madame Marie-Paule KURT, greffier à la Cour.