A r r ê t c i v i l

Audience publique du mercredi, trente juin mil neuf cent quatre-vingt-dix-neuf.

Numéros 22 125 et 22 364 du rôle.

Composition:

Marie-Paule ENGEL, présidente de chambre ;
Edmée CONZEMIUS, premier conseiller ;
Camille HOFFMANN, conseiller ;
Georges WIVENES, avocat général ;
Patrick KELLER, greffier.

E N T R E :

- I -

A), ouvrière, demeurant à L-**(...)**,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Michelle THILL de Luxembourg en date du 02 avril 1997,

comparant par Maître Claude WASSENICH, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

B), chauffeur, demeurant à L-**(...)**,

intimé aux fins du prédit exploit THILL,

comparant par Maître Marco NOSBUSCH, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

- II –

A), ouvrière, demeurant à L-**(...)**,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Michelle THILL de Luxembourg en date du 08 mai 1998,

comparant par Maître Claude WASSENICH, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

B), chauffeur, demeurant à L-**(...)**,

intimé aux fins du prédit exploit THILL,

comparant par Maître Marco NOSBUSCH, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

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

Par jugement rendu contradictoirement le 13 mars 1997, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, statuant sur la demande en divorce de **A)** introduite à l'encontre de **B)** sur le fondement de l'article 229 du code civil, déclara la demande irrecevable motif pris de ce qu'il résulterait d'un jugement rendu entre parties le 12 décembre 1996 que **A)** aurait le 9 décembre 1994 introduit une demande en divorce contre son époux basée sur l'article 230 du code civil.

Par jugement contradictoire du 9 octobre 1997, le même tribunal déclara irrecevable l'opposition de **A)** dirigée contre un jugement rendu par défaut, faute de conclure à son égard le 12 décembre 1996 ayant déclaré **A)** déchue de son instance et prononcé le divorce à ses torts exclusifs. L'opposition est déclarée irrecevable au motif que **A)**, présumée déchue de son instance, n'a pas affirmé ni établi dans son exploit d'opposition que son abstention de conclure eût été mal interprétée par le tribunal.

Ces jugements ont été régulièrement entrepris par **A)** par exploits des 2 avril 1997 et 8 mai 1998.

Il est dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice de joindre les deux recours pour y statuer par un seul arrêt.

Les préactes de l'affaire peuvent se résumer comme suit :

Par requête déposée le 28 février 1994, **A)** a introduit une demande en divorce contre **B)** sur le fondement de l'article 230 du code civil.

Par conclusions notifiées le 4 octobre 1995, **B)** a formé une demande reconventionnelle sur la base de l'article 229 du code civil.

Par jugement rendu contradictoirement le 21 décembre 1995, le tribunal a sursis à statuer sur la demande principale en divorce de **A)** et a admis **B)** à prouver par témoins les griefs libellés à l'appui de sa demande reconventionnelle en divorce formulée selon conclusions du 4 octobre 1995.

Par requête déposée le 1er février 1996, **A)** introduit une nouvelle demande en divorce basée sur l'article 229 du code civil.

Par requête d'avoué à avoué notifiée le 5 novembre 1996, **A)** s'est désistée de sa demande en divorce introduite sur le fondement de l'article 230 du code civil.

Par jugement rendu par défaut, faute de conclure à l'encontre de **A)** le divorce fut prononcé le 12 décembre 1996 entre parties aux torts de **A)** sur le fondement de l'article 229 du code civil et **A)** fut déclarée déchue de sa demande introduite sur base de l'article 230 du code civil.

Par jugement contradictoire du 13 mars 1997 la demande introduite par **A)** sur le fondement de l'article 229 fut déclarée irrecevable.

Le même 13 mars 1997 **A)** releva opposition contre le jugement par défaut du 12 décembre 1996.

Le jugement du 9 octobre 1997, actuellement entrepris, déclara son opposition irrecevable.

Dans son exploit du 8 mai 1998 entreprenant le jugement du 9 octobre 1997 rendu dans le cadre de sa demande fondée sur l'article 230 du code civil, l'appelante fait valoir il n'aurait jamais été dans son intention d'acquiescer au jugement rendu par défaut et la motivation de sa requête le démontrerait.

De l'avis de la Cour, la requête d'opposition est motivée à suffisance de droit, la loi n'imposant à l'opposant aucune formule sacramentelle pour motiver son opposition à un jugement de défaut.

Par réformation des premiers juges, l'opposition est donc à déclarer recevable.

Dans sa requête d'opposition **A)** avait reproché aux premiers juges d'avoir dans leur jugement par défaut du 12 décembre 1996 omis de statuer sur son désistement d'instance. Suite à son désistement, l'instance introduite sur la base de l'article 230 du code civil devrait disparaître. Il devrait en être de

même de la demande reconventionnelle de **B)** qui n'aurait plus de base procédurale valable parce que ne consistant pas en une demande principale.

B) refuse d'accepter le désistement au motif qu'un contrat judiciaire se serait formé par l'acceptation du débat et qu'il aurait formulé une demande reconventionnelle déjà admise par le tribunal et soumise à enquête et que s'il acceptait le désistement, il risquerait de se voir attribuer une partie des torts dans le cadre de la nouvelle demande introduite sur le fondement de l'article 229 code civil.

B) est en droit de ne pas accepter ce désistement qui risque de le priver des droits que l'article 232-1 du code civil attache à sa propre demande reconventionnelle. Assigné sur base de l'article 230 du code civil, il a formé, en conformité avec l'article 232-1 du code civil, une demande reconventionnelle fondée sur l'article 229. En acceptant le désistement, il s'expose en cas de recevabilité de la procédure nouvelle engagée par **A)** sur pied de l'article 229 du code civil à se voir attribuer une partie des torts avec les conséquences que cela comporte, risque qu'il ne court pas dans le cadre de la demande introduite sur le fondement de l'article 230 du code civil (Cass. fr. 14-1-1981 ; Bull. Civ. II no 8 ; D.S. 81 inf. rap. 386, note J-C. Groslière ; Gaz. Pal. 1981, I, 199 note Viatte dont la même solution résulte implicitement a contrario).

Il n'y a, en conséquence, pas lieu à déclaration judiciaire du désistement.

La matière du divorce étant un domaine où l'action est éminemment personnelle et le défendeur à une action ne pouvant exiger qu'une juridiction statue sur cette demande nonobstant le désistement du demandeur, l'attitude de la demanderesse **A)** s'analyse en une abstention de poursuivre la procédure ce qui a pour conséquence que la Cour la doit déclarer déchue de son instance (Novelles, T. II, Du divorce et de la séparation e corps, nos 666 et ss).

Or, cette déchéance ne saurait en rien préjudicier à la demande reconventionnelle qui devra suivre son cours normal.

Le défendeur principal, demandeur par reconvention a en effet le droit de voir toiser sa demande dans le cadre de l'article 230 du code civil dont les effets resteront pour sa demande les mêmes qu'il y ait ou non déchéance de l'instance principale.

Le jugement par défaut du 12 décembre 1996 avait dit fondée la demande de **B)** basée sur l'article 229 du code civil, déclaré **A)** déchue de son instance et prononcé le divorce aux torts de l'épouse.

Subsidiairement, dans le cas où le désistement ne serait pas admis, **A)** avait dans l'acte d'opposition demandé au tribunal de surseoir à statuer sur la demande reconventionnelle de **B)** en attendant que l'instance introduite sur le fondement de l'article 229 du code civil soit en état de recevoir un

jugement définitif. Elle avait encore conclu à la jonction des deux causes de divorce et au prononcé de la dissolution du mariage aux torts réciproques des deux parties. Elle avait de même requis un sursis à statuer sur les mesures accessoires au divorce ainsi que sur l'indemnité de procédure et les dépens.

Ces conclusions subsidiaires sont rejetées par l'intimé selon lequel la demande basée sur l'article 229 du code civil mettrait en échec l'article 232-1 du code civil.

Par des conclusions notifiées le 3 mai 1999 - conclusions critiquées de tardives par l'intimée parce que notifiées après 18 heures - **A)** soulève l'inconstitutionnalité de l'article 232-1 du code civil qui instituerait une situation inégale et lèserait définitivement et irrémédiablement les intérêts d'une partie demanderesse en divorce sur base de la séparation de trois ans.

Les conclusions dont s'agit ont été notifiées au mandataire de l'intimée à 18H19. Comme le texte de l'article 9 du règlement du 29 juin 1990 portant règlement d'ordre intérieur de la Cour d'appel ne précise pas que les conclusions doivent être notifiées uniquement pendant les heures de bureau et que le mandataire de l'intimée n'établit pas les avoir seulement reçues le lendemain, l'on ne saurait parler en l'occurrence d'une violation des droits de la défense. Les conclusions sont donc à maintenir.

Selon l'appelante l'inconstitutionnalité consisterait en ce que la partie demanderesse originaire serait en cas de demande reconventionnelle définitivement bloquée dans sa demande basée sur la séparation de fait et pénalisée dès lors que sa demande sera rejetée et le divorce prononcé à ses torts sans qu'il ne garde la possibilité d'obtenir un prononcé aux torts réciproques. La possibilité prévue par la loi créerait une situation inégale, contraire au principe que devant la loi tous les citoyens sont égaux. La loi devrait laisser à chaque citoyen la même possibilité d'attaquer et de se défendre. Ce serait le conjoint qui voudrait éviter des problèmes, qui serait lésé en fin de compte.
Le code civil institue trois cas de divorce : le divorce par consentement mutuel, le divorce pour rupture de la vie commune et le divorce pour faute. Il appartient au demandeur d'opter pour une des bases juridiques de son action en divorce. Le sort de son action dépendra de son choix et de l'attitude de la partie défenderesse, qui sera soit passive - dans le cas où elle ne présentera pas de demande reconventionnelle en cas de divorce introduit sur le fondement des articles 229 ou 230 du code civil - soit agressive - en cas de présentation d'une demande reconventionnelle dans les cas préindiqués, soit consentante - en cas d'entente sur le principe et les modalités d'un divorce par consentement mutuel.

Un demandeur qui choisit de baser sa demande sur l'article 230 du code civil, doit savoir - le code civil le dit expressément en son article 232-1 - que l'admission de la demande reconventionnelle éventuelle emportera de droit rejet de la demande principale et prononcé du divorce aux torts de l'époux

demandeur. Chaque justiciable dont le divorce est régi par la loi luxembourgeoise est soumis à ces mêmes dispositions légales de sorte que l'on ne saurait, en l'occurrence, parler d'inégalité des citoyens devant la loi. La Cour n'estime, en conséquence, pas nécessaire de saisir la Cour Constitutionnelle, la question de constitutionnalité étant dénuée de tout fondement et une décision sur la question soulevée n'étant pas nécessaire pour rendre une décision.

Il est constant en cause que le tribunal d'arrondissement de Luxembourg était saisi de deux actions en divorce introduite l'une pour rupture de la vie commune avec demande reconventionnelle s'y greffant et l'autre pour faute. **A)** demande à ce qu'il soit sursis à statuer sur le divorce-remède en attendant le prononcé, le cas échéant à torts réciproques, du divorce-sanction, éventuellement après jonction des deux demandes.

Avant de statuer sur cette requête, il importe d'examiner la recevabilité de la seconde demande, jugée irrecevable par jugement du 13 mars 1997.

Cette irrecevabilité est motivée par une analyse de l'article 232-1 du code civil qui ne permettrait pas au demandeur principal initial, lequel a accepté en agissant sur base de l'article 230 du code civil, d'assumer l'entière responsabilité de la dissolution du mariage, à invoquer à son tour les fautes qu'aurait pu commettre l'époux défendeur.

Or, en ouvrant des voies diverses de divorce, le législateur n'a pas prohibé l'introduction d'instances parallèles formées non seulement par l'autre époux, mais encore par le demandeur initial lui-même qui entend recourir à une autre forme de divorce. Ainsi, rien ne s'oppose à ce qu'un époux forme une demande de divorce pour faute alors même qu'est pendante une procédure pour rupture de la vie commune, ou vice versa. L'absence d'un texte légal établissant une fin de non-recevoir ne permet pas au juge de créer cette fin de non-recevoir.

L'action introduite sur le fondement de l'article 229 du code civil répondant aux conditions de recevabilité prévues par les textes de loi est donc recevable.

Il convient dès lors d'examiner si un cumul des deux causes de divorce et une surséance de l'affaire introduite sur le fondement de l'article 230 du code civil sont juridiquement possibles.

Aux termes de l'article 232-1 du code civil, s'il est répondu à la demande principale basée sur l'article 230 par une demande reconventionnellement fondée sur l'article 229, l'admission de cette demande reconventionnelle emporte de droit rejet de la demande principale et le divorce est prononcé aux torts de l'époux demandeur principal.

Ce texte implique que le divorce poursuivi par le demandeur principal sur base de la séparation de fait et par le demandeur par reconvention sur base

de la faute ne peut aboutir ni à un divorce aux torts exclusifs du défendeur, demandeur par reconvention, ni à un divorce aux torts réciproques des parties. L'article 232-1 précité n'autorise en effet pas le demandeur principal à invoquer à son tour, sinon pour sa défense sur la demande reconventionnelle, les fautes de l'époux défendable, demandeur par reconvention.

Il se dégage donc de l'esprit de ce texte que la demande principale sur base de l'article 229 du code civil, introduite par le demandeur dans le chef duquel est déjà pendante une demande sur base de l'article 230 du code civil, ne peut avoir qu'un caractère subsidiaire par rapport à la première et qu'elle ne peut être poursuivie qu'au cas où ni la demande sur le fondement de l'article 229, ni celle sur le fondement de l'article 230 n'ont été accueillies. L'article 232-1 du code civil confère au demandeur reconventionnel le droit de voir définitivement statuer sur l'instance poursuivie sur base de l'article 230 (C.A. 30-6-99, **Ce** c/ **Fr**).

Il ressort de ce qui précède que les dispositions de l'article 232-1 du code civil et les droits de la partie défenderesse s'opposent à un cumul des causes et à une surséance telle que requise par l'appelante et que la Cour devra examiner en premier lieu la demande reconventionnelle introduite dans le cadre de la demande basée sur l'article 230 du code civil.

C'est à bon droit et pour des motifs que la Cour confirme, que les premiers juges ont dit fondée la demande reconventionnelle en divorce de **B)**, les enquêtes diligentées établissant dans le chef de l'épouse une relation adultère avec d'autres hommes.

Suite à son désistement **A)** est à déclarer déchue de sa demande fondée sur l'article 230 du code civil et les premiers juges sont à confirmer en ce qu'ils ont prononcé le divorce aux torts exclusifs de **A)** et ordonné la liquidation et le partage de la communauté de biens existant entre parties.

La seconde demande de **A)** introduite sur le fondement de l'article 229 du code civil étant subsidiaire par rapport à celle qui vient d'être examiné et le divorce étant d'ores et déjà à prononcer aux torts exclusifs de l'appelante, il devient superfétatoire d'examiner cette demande qui est devenue sans objet, l'article 232-1 du code civil, comme il vient d'être dit ci-avant s'opposant à un prononcé aux torts partagés des parties.

Comme aucune des parties n'a justifié à suffisance de droit de l'iniquité de laisser les frais non compris dans les dépens à sa charge, ni en première instance, ni en instance d'appel, les demandes respectives sont à rejeter.

P A R C E S M O T I F S :

la Cour d'appel, première chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement entre parties, le représentant du ministère public entendu,

reçoit les deux appels,

les joint,

dit qu'il n'y a pas lieu à rejet des conclusions de **A)** du 3 mai 1999,

par réformation du jugement du 9 octobre 1997, dit recevable l'opposition formée par **A)** contre le jugement du 12 décembre 1996,

dit qu'il n'y a pas lieu à déclaration judiciaire du désistement de **A)** relatif à sa demande basée sur l'article 230 du code civil,

déclare **A)** déchue de sa demande basée sur l'article 230 du code civil,

rejette le moyen tiré de l'inconstitutionnalité de l'article 232-1 du code civil,

dit la nouvelle demande de **A)** fondée sur l'article 229 du code civil recevable,

dit qu'il n'y a pas lieu ni à cumul des deux demandes en divorce, ni à la surséance de la demande introduite sur base de l'article 230 du code civil,

confirme les premiers juges en ce qu'ils ont prononcé le divorce entre parties aux torts de **A)**,

dit que la demande de **A)** basée sur l'article 229 est devenu sans objet,

décharge **A)** des condamnations à une indemnité de procédure prononcées à son encontre par les premiers juges,

rejette les demandes respectives présentées en instance d'appel,

renvoie l'affaire devant les premiers juges,

condamne **A)** aux dépens des deux instances avec distraction au profit de Maître Marco NOSBUSCH.

La lecture du présent arrêt a été faite en la prédite audience publique par Marie-Paule ENGEL, présidente de chambre, en présence de Patrick KELLER, greffier.