

Arrêt N° 20/23 – II – DIV (aff. fam.)

Arrêt civil

Audience publique du huit février deux mille vingt-trois

Numéro CAL-2021-00472 du rôle

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

Entre :

A), demeurant à [...],

appelante aux termes d'une requête d'appel déposée au greffe de la Cour d'appel le 22 avril 2021 et signifiée à B) par exploit d'huissier de justice en date du 26 avril 2021,

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

et :

B), demeurant à [...],

intimé aux fins de la prédite requête d'appel,

représenté par Maître Bertrand COHEN-SABBAN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

B) (ci-après B)), de double nationalité luxembourgeoise et britannique, et A), de nationalité britannique, se sont mariés le 25 octobre 1988 en Ecosse dans le district de Tranent, où ils ont résidé ensemble avant d'installer leur résidence commune au Luxembourg à partir du 19 août 1997.

Les époux ont eu quatre enfants et n'ont jamais conclu de contrat de mariage.

Par requête déposée le 4 juin 2019 au greffe du juge aux affaires familiales près du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, A) a demandé, entre autres, de voir prononcer le divorce entre parties sur base de l'article 232 du Code civil, de voir ordonner la liquidation du régime matrimonial de la participation aux acquêts ayant existé entre époux jusqu'au 19 août 2007 et la liquidation de la communauté légale de biens de droit luxembourgeois existant entre parties depuis le 20 août 2007, et, en application de l'article 252 du Code civil, de procéder ou de faire procéder au calcul d'un montant de référence, basé sur la différence entre les revenus respectifs des conjoints pendant la période d'abandon ou de réduction de son activité professionnelle et destiné à effectuer un achat rétroactif auprès du régime général d'assurance pension, conformément à l'article 174 du Code de la sécurité sociale.

Par jugement du 4 octobre 2019, le juge aux affaires familiales a prononcé le divorce entre parties sur base de l'article 232 du Code civil et a réservé le surplus de la demande.

Avant de déclarer la demande d'A) fondée sur base de l'article 232 du Code civil luxembourgeois, le juge aux affaires familiales a retenu que comme A) était de nationalité britannique et B) de double nationalité luxembourgeoise et britannique, le litige renfermait un conflit de lois.

Relevant que les parties ne versaient pas de convention de choix de loi, le juge aux affaires familiales a décidé qu'il y avait lieu d'appliquer la loi luxembourgeoise à la demande en divorce en tant que loi de l'Etat de la résidence habituelle des époux au moment de la saisine de la juridiction sur base de l'article 8 a) du règlement (UE) no 1259/2010 du 20 décembre 2010, mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps.

Par jugement du 15 janvier 2021, le juge aux affaires familiales, statuant en continuation du jugement du 4 octobre 2019 et saisi également d'une requête introduite par B) en liquidation-partage des régimes matrimoniaux des parties, a ordonné la jonction des deux

instances, a dit qu'il y avait lieu de procéder à la liquidation et au partage de l'indivision post-communautaire existante entre parties, a commis à ces fins Maître Joëlle BADEN, a dit que la date du 10 avril 2018 était constitutive du point de départ de l'indivision post-communautaire, a ordonné la licitation de l'immeuble indivis appartenant aux parties, a commis à cette fin Maître Joëlle BADEN, a donné acte à B) qu'il demandait, dans le cadre de la liquidation des régimes matrimoniaux, la condamnation de A) au paiement d'une indemnité d'occupation et a réservé le surplus.

Pour statuer ainsi quant à la demande en liquidation des régimes matrimoniaux entre parties, le juge aux affaires familiales a constaté que dans le cadre d'une procédure en séparation de corps introduite avant la demande en divorce, la liquidation et le partage des régimes matrimoniaux des parties avaient été ordonnés par jugement du 12 juillet 2018 et que par arrêt no 196/19 de la première chambre de la Cour d'appel du 12 juillet 2018, il avait été précisé que le partage des biens matrimoniaux des parties se faisait conformément au droit écossais pour la période du 25 octobre 1988 au 19 août 2007 et à partir du 20 août 2007 conformément à la communauté légale de biens de droit luxembourgeois.

Le juge aux affaires familiales a conclu que comme la liquidation et le partage des régimes matrimoniaux des parties avaient déjà été ordonnés dans le cadre de la procédure en séparation de corps, le juge aux affaires familiales n'avait plus qu'à se prononcer quant à la demande en liquidation et en partage de l'indivision post-communautaire des parties.

Par jugement du 17 mars 2021, le juge aux affaires familiales, statuant en continuation des jugements du 4 octobre 2019 et du 15 janvier 2021, a dit la demande d'A) à voir bénéficier de l'article 252 du Code civil fondée pour la période allant du 20 août 2007 au 12 octobre 2014, a transmis une copie du jugement à la Caisse Nationale d'Assurance Pension et a réservé le surplus.

Pour statuer ainsi, le juge aux affaires familiales a, après avoir rappelé la teneur de l'article 252, paragraphe 1^{er} du Code civil et la teneur de l'article 174 du Code de la sécurité sociale concernant l'achat de périodes d'assurance pension en général, constaté qu'A) remplissait les conditions prévues par lesdits articles et qu'il ressortait des pièces versées au dossier qu'elle avait abandonné son activité professionnelle du 1^{er} janvier 1997 au 12 octobre 2014.

Après avoir souligné qu'A) demandait à voir fixer la période de référence prévue à l'article 252, alinéa 1^{er} du Code civil à la période du 1^{er} janvier 1997 au 12 octobre 2014 et que B) faisait valoir que la pension ne pourrait courir qu'à partir du moment où la loi luxembourgeoise s'appliquait à la liquidation du régime matrimonial, le

juge aux affaires familiales a fait référence à l'article 252, paragraphe 2 du Code civil et aux travaux parlementaires le concernant, indiquant que « *ledit droit de créance relève de la liquidation du régime matrimonial et que par conséquent de l'avis des auteurs du projet, l'article 252 est applicable si la loi luxembourgeoise s'applique à la liquidation du régime matrimonial* », ainsi qu'à deux jugements du tribunal d'arrondissement ayant décidé que « *si les articles 252 du Code civil et 174 du Code de la sécurité sociale n'énoncent pas "expressis verbis" que le droit à l'ouverture d'un rachat suppose au préalable que le régime matrimonial en question soit régi par le droit luxembourgeois, la volonté du législateur en ce sens se dégage toutefois clairement des travaux parlementaires* ».

Le juge aux affaires familiales en a conclu que la demande d'A) ne saurait porter que sur la période du 20 août 2007 au 12 octobre 2014, étant donné que la loi luxembourgeoise était seulement applicable au régime matrimonial des parties depuis le 20 août 2007.

Du jugement du 17 mars 2021, A) a relevé appel par requête déposée au greffe de la Cour en date du 22 avril 2021 et signifiée à B) en date du 26 avril 2021 pour voir dire que sa demande à voir bénéficier de l'article 252 du Code civil pour la période allant du 1^{er} janvier 1997 au 12 octobre 2014 était fondée et justifiée et pour voir ordonner à la Caisse Nationale d'Assurance Pension de procéder au calcul du montant de référence pour cette période.

Elle a demandé, à titre subsidiaire et uniquement pour le cas où il était retenu que le rachat des droits de pension devait être limité à la période pour laquelle la loi luxembourgeoise est applicable au régime matrimonial, de soumettre à la Cour constitutionnelle une question préjudicielle pour voir dire s'il y avait conformité au principe de l'égalité devant la loi édictée par l'article 10 bis, paragraphe premier de la Constitution.

Par arrêt du 30 juin 2021, la Cour d'appel a déclaré l'appel introduit par A) par requête déposée le 22 avril 2021 caduc.

Pour statuer ainsi, la Cour d'appel a, après avoir rappelé que selon l'article 1007-43, point 4 du Nouveau Code de procédure civile, l'appelant doit signifier la requête d'appel à l'intimé par huissier de justice avec, à peine de nullité de la signification, la mention que l'intimé est tenu de constituer avocat dans un délai de quinzaine, augmenté, le cas échéant, des délais de distance, ainsi que les mentions prescrites aux articles 80 et 153 du même Code, et que la signification de la requête devait être opérée dans le mois du dépôt au greffe sous peine de caducité de l'appel, constaté que l'acte de signification du 26 avril 2021 de la requête d'appel d'A) ne contenait pas la mention que l'intimé était tenu de constituer avocat dans un délai de quinzaine, augmenté le cas échéant des délais de distance.

Elle a décidé que la violation de cette inobservation constituait une nullité de fond, étrangère aux dispositions de l'article 264, alinéa 2 du Nouveau Code de procédure civile, ayant pour sanction l'irrecevabilité de l'appel et que tant l'article 1007-43 précité que l'article 1007-9(3) du Nouveau Code de procédure civile prévoyaient que l'intimé devait être informé, sous peine de nullité, du fait qu'il était tenu de constituer avocat, de sorte que l'acte de signification du 26 avril 2021 devait être déclaré nul en l'absence de cette indication.

La Cour d'appel a conclu que cette nullité entraînait l'absence de signification de la requête d'appel endéans le mois du dépôt de la requête, de sorte que l'appel relevé par requête déposée le 22 avril 2021 était devenu caduc.

Par arrêt du 30 juin 2022, la Cour de cassation a cassé et annulé l'arrêt du 30 juin 2021, déclaré nuls et de nul effet ladite décision judiciaire et les actes qui s'en sont suivis, remis les parties dans l'état où elles se sont trouvées avant l'arrêt cassé et les a renvoyées devant la Cour d'appel, autrement composée, pour être fait droit.

La Cour de cassation a décidé que *« l'omission dans l'acte de signification de la mention que l'intimé est tenu de constituer avocat constitue une nullité de forme qui ne pourra être prononcée que s'il est justifié que l'inobservation de cette formalité aura pour effet de porter aux atteintes de l'intimé, qu'il résultait des éléments du dossier que le défendeur en cassation avait constitué avocat à la Cour et qu'il était représenté à l'audience par cet avocat, qu'en prononçant la nullité de l'acte de signification de la requête d'appel et, partant la caducité de l'appel, sans constater que l'intimé avait subi un préjudice, le juges d'appel ont violé la disposition visée au moyen »*.

Suite à l'arrêt de cassation précité, A) fait plaider que sa requête d'appel, introduite par acte de signification du 26 avril 2021, est à déclarer recevable.

B) s'est rapporté à prudence de justice quant à la recevabilité de l'appel.

Compte tenu du fait que B) a constitué avocat à la Cour et qu'il était représenté par son mandataire dès le début de la procédure d'appel, il y a lieu de constater que l'omission dans l'acte de signification de la requête d'appel de l'indication que l'intimé était tenu de constituer avocat à la Cour n'a causé aucun préjudice à l'intimé.

Il s'ensuit qu'en vertu de l'article 264, alinéa 2 du Nouveau Code de procédure civile disposant 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 », il n'y a pas lieu de prononcer la nullité de la requête d'appel signifiée en date du 26 avril 2021.

Comme la requête d'appel a été signifiée dans le délai d'un mois après son dépôt au greffe de la Cour d'appel, l'appel n'est dès lors pas caduc et est à déclarer recevable pour avoir été introduit dans la forme et le délai prévus par la loi.

A) fait valoir que c'est à tort que le juge aux affaires familiales a limité sa demande basée sur l'article 252 du Code civil à la période postérieure au 20 août 2007 où la loi luxembourgeoise s'appliquait au régime matrimonial des parties, étant donné qu'elle a déjà abandonné son activité professionnelle à partir du 1^{er} janvier 1997, de sorte qu'elle devrait bénéficier de l'article 252 du Code civil pour la période allant du 1^{er} janvier 1997 au 12 octobre 2014, date de la reprise d'une activité rémunérée.

L'appelante estime qu'en limitant l'application de l'article 252 du Code civil à la période où la loi luxembourgeoise s'appliquait à la liquidation du régime matrimonial des parties, le juge aux affaires familiales a ajouté une sixième, voire septième condition à l'article 252 du Code civil, qui ne seraient cependant pas prévues.

En effet, le juge aux affaires familiales se serait référé aux travaux parlementaires pour justifier que l'article 252 du Code civil serait seulement applicable si la loi luxembourgeoise s'appliquait à la liquidation du régime matrimonial.

Or, ni l'article 252 du Code civil ni l'article 174 du Code de la sécurité sociale ne poseraient la condition que le bénéfice de l'article 252 du Code civil serait subordonné à l'application de la loi luxembourgeoise à la liquidation du régime matrimonial.

Le juge aux affaires familiales, en ayant fait sien les travaux parlementaires, rajouterait une sixième condition au texte de loi, qui serait clair du moins en ce qui concernerait les différentes conditions d'applicabilité de l'article 252 du Code civil.

Admettre cela reviendrait en fait et en droit à assimiler les travaux parlementaires aux textes du Code civil.

Une telle approche serait inadmissible en vue de la sécurité juridique et tout simplement contraire aux principes de la hiérarchie des normes.

Il n'y aurait pas lieu d'interpréter la loi là où elle est claire au risque de créer une insécurité juridique et un traitement inégal des justiciables, et il y aurait lieu à réformer le jugement entrepris.

B) estime que c'est à bon droit que le juge aux affaires familiales a retenu qu'A) ne pouvait bénéficier de l'article 252 du Code civil que pour la période pendant laquelle le régime matrimonial des époux était régi par la loi luxembourgeoise.

L'article 252 est inscrit dans le Code civil sous le paragraphe 3 intitulé « de la créance liée aux droits de pension » sous la section II des « Dispositions applicables au divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales » comprise dans le chapitre II traitant des « conséquences du divorce », et dispose ce qui suit :

« (1) En cas d'abandon ou de réduction de l'activité professionnelle par un conjoint au cours du mariage pendant une période qui prend fin au plus tard à la date de la requête de divorce, celui-ci peut demander, avant le jugement de divorce et à condition qu'au moment de la demande il n'ait pas dépassé l'âge de soixante-cinq ans, au tribunal de procéder ou de faire procéder au calcul d'un montant de référence, basé sur la différence entre les revenus respectifs des conjoints pendant la période d'abandon ou de réduction de l'activité professionnelle et destiné à effectuer un achat rétroactif auprès du régime général d'assurance pension, conformément à l'article 174 du Code de la sécurité sociale.

Les deux conjoints ont l'obligation de fournir au tribunal les informations et pièces relatives aux revenus à la base du calcul du montant de référence visé à l'alinéa qui précède ainsi que les informations et pièces relatives à la période d'abandon ou de réduction de l'activité professionnelle. Le tribunal fixe les revenus et la période à considérer pour le calcul.

(2) Aux fins de l'achat rétroactif auprès du régime général d'assurance pension, le conjoint qui a abandonné ou réduit son activité dispose d'une créance envers l'autre conjoint à hauteur de cinquante pourcent du montant de référence visé au paragraphe 1^{er}, considéré dans les limites de l'actif constitué des biens communs ou indivis disponible après règlement du passif.

(3) Un montant équivalent à la créance visée au paragraphe 2 est à charge du conjoint créancier.

(4) Le conjoint qui a abandonné ou réduit son activité peut renoncer à l'achat rétroactif visé au paragraphe 1^{er}. Cette renonciation peut intervenir jusqu'au jugement de divorce. Elle ne peut intervenir avant l'introduction de la requête de divorce.

(5) Les montants visés aux paragraphes 2 et 3 sont versés à la Caisse nationale d'assurance pension, sauf justification légitime, au plus tard dans les trois mois qui suivent la clôture de la liquidation et du partage

des biens communs ou indivis ou la date de la décision fixant la créance au paragraphe 2, selon ce qui survient en dernier.

Le conjoint débiteur en vertu du paragraphe 2 est valablement libéré par le paiement effectué entre les mains soit du conjoint créancier, soit de la Caisse nationale d'assurance pension.

(6) A défaut pour le conjoint créancier d'effectuer le versement à la Caisse nationale d'assurance pension, le conjoint débiteur peut demander la restitution du montant par lui versé.

(7) Un règlement grand-ducal précise la méthodologie de calcul du montant de référence, les revenus entrant en compte et les modalités de versement des montants dus et de leur restitution. »

Aux termes de l'article 174 du Code de la sécurité sociale « le conjoint créancier au titre de l'article 252, paragraphe 2 du Code civil peut effectuer un achat rétroactif par mois entiers pour la période du mariage pendant laquelle l'abandon ou la réduction de l'activité professionnelle a eu lieu sur base d'une cotisation déterminée en fonction du montant visé à l'article 252, paragraphe 1^{er} du Code civil, augmenté de la charge de l'Etat telle que définie à l'article 239 du Code de la sécurité sociale ».

Il est admis par la partie appelante que la loi écossaise s'applique au régime matrimonial des parties jusqu'au 19 août 2007 et que la loi luxembourgeoise s'applique à leur régime matrimonial à partir du 20 août 2007.

La raison en est que les parties se sont mariées en Ecosse en 1988, se sont installées dans un premier temps en Ecosse pour venir résider ensemble au Luxembourg depuis le 19 août 1997. Les parties n'ont pas conclu de contrat de mariage.

L'article 4 de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux prévoit qu'à défaut de désignation par les époux de la loi applicable à leur régime matrimonial, celui-ci est soumis à la loi de l'Etat de leur première résidence commune, soit en l'espèce celle de l'Ecosse.

L'article 7, alinéa 2, deuxième point de la même Convention prévoit que la loi de l'Etat où les époux ont tous deux leur résidence habituelle devient applicable, au lieu et place de celle à laquelle leur régime matrimonial était antérieurement soumis, lorsque, après le mariage, cette résidence habituelle a duré plus de dix ans, de sorte qu'en l'espèce, la loi luxembourgeoise est devenue applicable au régime matrimonial des époux au lieu et place de la loi écossaise à partir du 20 août 2007 après dix années de résidence commune des parties sur le territoire du Grand-Duché de Luxembourg.

En vertu de l'article 8 de ladite Convention, le changement de loi n'a d'effet que pour l'avenir, raison pour laquelle le partage des biens matrimoniaux des parties s'est fait conformément au droit écossais pour la période du 25 octobre 1988 au 19 août 2007 et à partir du 20 août 2007 conformément à la communauté légale de biens de droit luxembourgeois, tel que rappelé par le juge aux affaires familiales dans son jugement du 15 janvier 2021.

A l'instar du juge aux affaires familiales, il y a lieu de constater que comme A) est de nationalité britannique et B) de double nationalité luxembourgeoise et britannique, le litige renferme un conflit de lois, de sorte que le juge doit rechercher de quelle catégorie de rattachement en matière de droit international privé relève le système du rachat des droits de pension.

Il ne s'agit pas d'ajouter de conditions qui ne sont pas prévues par la loi, mais de rechercher la loi applicable à la demande compte tenu des éléments d'extranéité que renferme le litige.

Le mécanisme est le même que pour une demande en divorce introduite sur base de l'article 232 du Code civil luxembourgeois par des personnes qui résident au Luxembourg, mais qui n'ont pas la nationalité luxembourgeoise. En effet, cette demande, basée sur l'article 232 du Code civil luxembourgeois, est à déclarer irrecevable s'il est retenu qu'en vertu des règles de droit international privé applicables, une loi étrangère s'applique à leur divorce.

A ce sujet, il y a lieu de noter que ce n'est pas parce que l'article 252 est inscrit dans le Code civil sous la section II des « *Dispositions applicables au divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales* » comprise dans le chapitre II traitant des « *conséquences du divorce* » que la loi applicable au divorce régit nécessairement le mécanisme du rachat des droits de pension.

Preuve en est que ledit chapitre comprend également des dispositions quant à la date de prise d'effet du divorce et au report de cette date, relevant de la loi applicable au régime matrimonial et des dispositions quant aux pensions alimentaires entre époux, relevant de la loi applicable aux obligations alimentaires.

C'est dès lors à bon droit et sans ajouter de conditions supplémentaires que le juge aux affaires familiales s'est posé la question de quelle loi relevait le mécanisme du rachat des droits de pension prévu par l'article 252 du Code civil.

Il ressort des dispositions de l'article 252, paragraphe 2 précité que c'est au moment de la liquidation et du partage du régime matrimonial

que doit entrer en compte le montant de référence à déterminer en vertu des dispositions de l'article 252, paragraphe 1^{er}.

En effet, la créance dont dispose l'époux qui a réduit ou abandonné son activité professionnelle au cours du mariage dépend de l'actif constitué des biens communs ou indivis disponible après règlement du passif.

Il s'ensuit que le montant qui sera finalement versé à la Caisse Nationale d'Assurance Pension peut être inférieur au montant calculé en vertu du paragraphe 1^{er} de l'article 252 précité et que la créance n'existe que dans la limite du boni de liquidation du régime matrimonial.

La créance prévue à l'article 252 du Code civil est dès lors liée à la liquidation du régime matrimonial entre époux.

A l'instar du juge aux affaires familiales, il y a lieu de se référer aux travaux parlementaires et aux explications y fournies pour déterminer la volonté du législateur au sujet de la loi applicable au mécanisme du rachat des droits de pension.

Dans son avis du 6 décembre 2016, le Conseil d'Etat a relevé que la combinaison entre les dispositions du Code civil sur le divorce et celles du Code de la sécurité sociale n'était pas sans poser problème en droit international privé et a fait remarquer que « *le juge luxembourgeois peut être amené à appliquer une loi étrangère à un divorce de deux résidents non luxembourgeois. Le mécanisme s'applique-t-il si les conditions de l'article 174 du Code de la sécurité sociale sont vérifiées ? A l'inverse, la loi luxembourgeoise sur le divorce peut être appliquée par un juge étranger à des Luxembourgeois résidant hors du Luxembourg. Le bénéfice de l'article 257 (devenu par la suite l'article 252 du Code civil) sera exclu, même si le conjoint bénéficiaire était affilié au régime luxembourgeois avant le mariage* » (Doc. parl. 6996 du 24 janvier 2017, Avis du Conseil d'Etat du 6 décembre 2016, p. 28).

Le Gouvernement a pris clairement position en affirmant que « *l'achat rétroactif s'applique par conséquent uniquement si l'article 252 du Code civil trouve à s'appliquer. Se pose donc la question de la qualification du droit de créance créé par l'article 252. De l'avis des auteurs du projet de loi, ce droit de créance relève de la liquidation du régime matrimonial au sens du Règlement (UE) 2016/1103 du Conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux. Par conséquent, de l'avis des auteurs du projet, l'article 252 est applicable si la loi luxembourgeoise s'applique à la liquidation du*

régime matrimonial » (Doc. Parl. 6996, Texte et commentaire des amendements gouvernementaux du 31 octobre 2017, p. 62).

Cette position du Gouvernement est expressément acceptée par le Conseil d'Etat dans son avis complémentaire du 30 janvier 2018 (Doc. parl. 6996, Avis complémentaire du Conseil d'Etat du 30 janvier 2018, p. 15) et elle n'a, par la suite, plus été remise en cause par d'autres intervenants.

C'est dès lors à bon droit que le juge aux affaires familiales a décidé que la loi applicable au rachat des droits de pension prévu par l'article 252 du Code civil est la loi applicable à la liquidation du régime matrimonial.

Or, la loi applicable à la liquidation du régime matrimonial est la loi applicable au régime matrimonial des parties.

La demande d'A) basée sur l'article 252 du Code civil pour la période antérieure au 20 janvier 2007, pendant laquelle le régime matrimonial des époux était régi par la loi écossaise, est dès lors irrecevable, la loi luxembourgeoise ne s'appliquant pas à cette période.

A ce sujet, il y a lieu de rappeler que le partage des biens matrimoniaux des parties s'est fait conformément au droit écossais pour la période du 25 octobre 1988 au 19 août 2007 tel que relevé par le juge aux affaires familiales dans son jugement du 15 janvier 2021.

Il y a également lieu de souligner que si les parties avaient divorcé avant le 20 août 2007, la demande d'A) basée sur l'article 252 du Code civil aurait été irrecevable en son ensemble.

C'est dès lors à tort qu'A) reproche au juge aux affaires familiales d'avoir ajouté des conditions qui ne sont pas prévues par l'article 252 du Code civil et par l'article 174 du Code de sécurité sociale, d'avoir fait sien les travaux parlementaires, d'avoir assimilé les travaux parlementaires aux textes du Code civil et d'avoir interprété une loi qui est claire, étant donné que le juge aux affaires familiales a uniquement déterminé, compte tenu des éléments d'extranéité que refermait le litige et en vertu des règles de droit international privé, quelle loi s'appliquait au mécanisme du rachat des droits de pension pour déterminer si l'article 252 du Code civil était applicable.

A) fait encore valoir qu'une différenciation entre les lois applicables au régime matrimonial s'opposerait aussi aux règles de non-discrimination et de libre circulation au sein de l'Union européenne.

Elle se réfère à l'article 7 du règlement no 492/2011 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de l'Union prévoyant que « *le travailleur ressortissant d'un Etat membre ne peut, sur le territoire des*

autres Etats membres, être, en raison de sa nationalité, traité différemment des travailleurs nationaux pour toutes conditions d'emploi et de travail. Il y bénéficie des mêmes avantages sociaux et fiscaux que les travailleurs nationaux ».

Elle estime qu'il serait contraire à la libre circulation des travailleurs de la priver de son avantage social quant au rachat des droits de pension.

Le droit prévu à l'article 252 du Code civil est une créance d'un époux à l'égard de l'autre dans le cadre de la liquidation et du partage des biens communs ou indivis visant à contrebalancer des lacunes qui résultent pour un époux au niveau de sa carrière d'assurance pension de l'abandon ou de la réduction de son activité professionnelle pendant le mariage et ce en fonction des limites de l'actif constitué des biens communs ou indivis, disponible après le règlement du passif, une partie ou la totalité du montant de référence déterminé en vertu de l'article 252, paragraphe 1^{er} du Code civil étant à verser, le cas échéant, en plusieurs étapes successives à la Caisse Nationale d'Assurance Pension au bénéfice du conjoint ayant abandonné ou réduit son activité professionnelle (cf en ce sens Doc. Parl. 6996 du 20 octobre 2016, Exposé des motifs, p. 55 et 56).

Il ne s'agit dès lors nullement d'un avantage social ou fiscal lié à des conditions d'emploi et de travail, dont A) serait privée en raison de sa nationalité, de sorte que le moyen tiré d'une violation de l'article 7 du règlement précité est à rejeter.

La partie appelante se réfère encore à un arrêt no 38/21 du 10 février 2021 dans lequel il aurait été fait référence au règlement (CE) 883/2004 pour constater que « *le texte européen cité est entré en vigueur le 20 mai 2004 et qui s'applique aux ressortissants de tous les Etats membres, prévoit, en effet, dans son article 5 une assimilation de prestations, de revenus, de faits ou d'événements et son article 6 dispose plus spécialement que l'institution compétente d'un Etat membre dont la législation subordonne l'acquisition, le maintien, la durée ou le recouvrement du droit aux prestations à l'accomplissement de périodes d'assurance, d'emploi, d'activité non salariée ou de résidence tient compte, dans la mesure nécessaire accomplies sous la législation de tout autre Etat membre, comme s'il s'agissait de périodes accomplies sous la législation qu'elle applique* ».

La Cour d'appel aurait fait référence audit règlement européen afin de confirmer que la partie ayant contribué au régime d'assurance pension étranger remplissait les conditions de l'article 174 du Code de la sécurité sociale et donc les conditions de l'article 252 du Code civil.

Ainsi, la Cour d'appel aurait retenu qu'une personne qui n'a jamais été affiliée au Luxembourg et, par conséquent, qui n'a jamais contribué à

la Caisse Nationale d'Assurance Pension pouvait quand-même profiter du régime de l'article 252 du Code civil au Luxembourg.

Le règlement précité et l'arrêt de la Cour d'appel admettraient une assimilation entre les différentes législations des Etats membres dans le domaine des avantages sociaux et les périodes d'assurance, d'emploi, d'activité non salariée ou de résidence.

A) est d'avis que le rejet de sa demande basée sur l'article 252 du Code civil par le juge aux affaires familiales est contraire au droit de l'Union Européenne.

Il y a lieu de rappeler que pour permettre le rachat des droits de pension, l'article 252 du Code civil luxembourgeois prévoyant ce mécanisme doit d'abord s'appliquer.

Tel que précisé ci-avant, il s'agit d'un droit de créance d'un époux à l'encontre de l'autre à faire valoir lors de la liquidation du régime matrimonial et il n'y a pas d'assimilation des différentes législations des Etats membres en ce qui concerne les règles régissant les régimes matrimoniaux.

C'est dès lors à tort que la partie appelante se réfère au règlement précité et à l'arrêt du 10 février 2021 pour affirmer que le rejet de sa demande quant à la période antérieure au 20 janvier 2007 serait contraire au droit de l'Union Européenne.

A) fait encore valoir que l'article 10 bis de la Constitution garantit l'égalité des justiciables devant la loi et que toutes les personnes introduisant une demande en divorce au Luxembourg et n'ayant pas fait de choix de loi applicable à leur régime matrimonial seraient toutes dans la même situation et l'article 252 du Code civil leur serait applicable.

Toutes ces personnes se trouveraient dans la même situation de départ et il ne serait pas objectivement justifiable d'appliquer l'article 252 du Code civil en fonction des années passées ou non à l'étranger, surtout si cela pourrait avoir, ou non d'ailleurs, des conséquences sur la loi applicable à leur régime matrimonial.

L'article 252 du Code civil, tel qu'interprété par le premier juge, en limitant la période du rachat de pension à la période soumise à la loi luxembourgeoise violerait l'article 10 bis de la Constitution et n'assurerait pas l'égalité de tous devant la loi.

La partie appelante demande de soumettre à la Cour constitutionnelle la question préjudicielle suivante :

« Dans une demande en divorce soumise au droit luxembourgeois, l'article 252 du Code civil en ce qu'il reconnaît le droit au rachat des droits de pension aux seuls conjoints soumis à un régime matrimonial de droit luxembourgeois et limité à la période d'applicabilité du régime matrimonial luxembourgeois, et en tant qu'il pratique donc une différenciation entre les personnes et les périodes pour lesquelles la loi luxembourgeoise est applicable au régime matrimonial et celles pour lesquelles une loi étrangère est applicable au régime matrimonial, est-il conforme au principe de l'égalité devant la loi édicté par l'article 10 bis, paragraphe premier de la Constitution ? »

Quant à la question préjudicielle posée par la partie appelante, il convient de rappeler que l'article 6 de la loi modifiée du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour constitutionnelle dispose que :

« Lorsqu'une partie soulève une question relative à la conformité d'une loi à la Constitution devant une juridiction, celle-ci est tenue de saisir la Cour constitutionnelle.

Une juridiction est dispensée de saisir la Cour constitutionnelle lorsqu'elle estime que :

- a) une décision sur la question soulevée n'est pas nécessaire pour rendre son jugement,*
- b) la question de constitutionnalité est dénuée de tout fondement,*
- c) la Cour constitutionnelle a déjà statué sur une question ayant le même objet.*

Si une juridiction estime qu'une question de conformité d'une loi à la Constitution se pose et qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, elle doit la soulever d'office après avoir incité au préalable les parties à présenter leurs observations. »

Il y a lieu de noter que la question de la partie appelante ne porte pas sur la conformité de l'article 252 du Code civil à la Constitution, mais sur la décision de retenir qu'en cas de litige comportant un conflit de lois, la loi applicable au rachat des droits de pension n'est pas la loi qui s'applique au divorce, mais la loi qui s'applique à la liquidation du régime matrimonial.

La question soulevée est dès lors à rejeter pour être dénuée de tout fondement.

Il y a aussi lieu de rappeler qu'il n'y a question de violation du principe d'égalité que s'il y a discrimination entre des personnes se trouvant dans une situation comparable.

C'est à tort que la partie appelante estime que toutes les personnes n'ayant pas fait de choix de la loi applicable à leur régime matrimonial et introduisant une demande en divorce au Luxembourg sont toutes dans la même situation.

En effet, les lois applicables à leur demande en divorce et à la liquidation de leur régime matrimonial sont à déterminer en cas de conflits de loi selon les règles de droit international privé.

Ainsi, si le régime matrimonial des époux est régi par une loi étrangère, la demande introduite sur base de l'article 252 du Code civil luxembourgeois est irrecevable et il en est de même pour toutes les personnes se trouvant dans cette situation.

Il ressort de tout ce qui précède que l'appel n'est pas fondé.

PAR CES MOTIFS

la Cour d'appel, deuxième chambre, siégeant en matière civile et en matière d'appel d'une décision du juge aux affaires familiales, statuant contradictoirement,

revu l'arrêt de la Cour d'appel du 11 décembre 2019,

revu l'arrêt de la Cour de cassation du 4 novembre 2021,

dit l'appel recevable,

rejette la demande d'A) en vue d'une saisine de la Cour constitutionnelle d'une question préjudicielle,

dit l'appel non fondé,

confirme le jugement entrepris, sauf à préciser que la demande d'A) basée sur l'article 252 du Code civil pour la période antérieure au 20 janvier 2007 est irrecevable,

condamne A) aux frais et dépens de l'instance d'appel.

Ainsi fait, jugé par la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, deuxième chambre, siégeant en matière civile, à la Cité Judiciaire, Bâtiment CR, Plateau du St. Esprit, date qu'en tête, par Danielle SCHWEITZER, président de chambre, Béatrice KIEFFER, premier conseiller, Martine WILMES, premier conseiller, et Alexandra NICOLAS, greffier.