

Arrêt référé (divorce).

Audience publique du dix-huit avril deux mille douze.

Numéro 38138 du rôle.

Composition:

*Romain LUDOVICY, président de chambre;
Françoise MANGEOT, premier conseiller;
Gilbert HOFFMANN, conseiller, et
Jean-Paul TACCHINI, greffier.*

Entre :

*X.), auditeur, demeurant à L.(...),
appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Carlos
Calvo de Luxembourg en date du 31 octobre 2011,
comparant par Maître Valérie Dupong, avocat à Luxembourg,
et :*

*Y.), présentatrice, demeurant à G. en Autriche, (...),
intimée aux fins du susdit exploit Carlos Calvo,
comparant par Maître Danielle Wagner, avocat à Luxembourg.*

LA COUR D'APPEL:

Le 7 juin 2011, X.), de nationalité belge, avait assigné Y.), de nationalité autrichienne, accessoirement à une demande en divorce, devant le juge des référés du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, pour, en substance, se voir accorder la garde provisoire des deux enfants communs P.), né le (...), et H.), née le (...), avec demande en condamnation de pensions alimentaires pour les enfants.

A la même époque, le 6 juin 2011, Y.), de son côté, avait introduit une demande en divorce en Autriche devant le tribunal d'arrondissement de Mödling et le 7 juin 2011, elle requérait, devant le même tribunal

d'arrondissement, de se voir confier la garde exclusive des deux enfants. Suivant les renseignements donnés en cause, elle avait aussi engagé en Autriche une procédure judiciaire en paiement d'aliments.

Par ordonnance du 22 septembre 2011, le juge de référé-divorce de Luxembourg s'était déclaré territorialement incompétent pour connaître de la demande de X.) après avoir écarté l'exception de litispendance soulevée par la partie Y.) et en retenant qu'il était devenu oiseux de statuer sur le moyen « d'irrecevabilité », ou plus correctement, de nullité de l'assignation opposé par Y.) au motif que celle-ci ne lui a pas été signifiée à son domicile en Autriche à G..

Le 31 octobre 2011, X.) a régulièrement relevé appel de cette ordonnance pour voir retenir la compétence internationale de droit communautaire du juge des référés du Luxembourg en réitérant ses demandes de première instance. Y.) a relevé appel incident pour voir dire « irrecevable » l'assignation du 7 juin 2011, sinon pour voir retenir l'exception de litispendance.

Entre-temps, par décision du tribunal d'arrondissement de Mödling du 10 juin 2011, confirmée par décision du Landgericht Wiener Neustadt du 19 octobre 2011, Y.) s'est vu attribuer la garde provisoire des deux enfants. Les parties ont trouvé le 7 juillet 2011 un arrangement judiciaire réglant en détail le droit de visite et d'hébergement du père.

Les formalités de signification font partie intégrante de l'assignation en justice (art. 153, point 5, NCPC). L'irrégularité de la signification entraîne la nullité de l'assignation elle-même. Le juge ne peut statuer sur sa compétence que s'il est saisi d'une assignation régulière. La première question à résoudre est donc celle de la régularité de la signification.

La signification a été faite à Y.), suivant les prescriptions de l'article 155, § 5 et 6 NCPC, « à domicile » au Luxembourg, adresse correspondant, en l'espèce, à celle de la personne à la requête de qui la signification a été faite et où le destinataire n'était pas présent, sachant que l'article 161 NCPC dispose que « est considérée comme signification à domicile la signification faite à l'adresse sous laquelle le destinataire est inscrit au registre de la population ».

Ledit § 5 de l'article 155 a la teneur suivante : « Si la signification ne peut être faite à la personne du destinataire, la copie de l'acte est délivrée au domicile du destinataire. S'il n'y demeure pas ou à défaut de domicile, la copie de l'acte est délivrée au lieu de sa résidence principale ... »

L'article 156 règle la signification aux « personnes domiciliées ou résidant à l'étranger ». L'article 157 règle la signification « lorsque la personne à qui l'acte doit être signifié n'a ni domicile, ni résidence connus ». L'article 160, al. 1^{er} précise à ce propos que « la signification d'un acte à domicile inconnu est non avenue si la partie à la requête de laquelle elle a été opérée connaissait le domicile, le domicile élu, ou la résidence au Luxembourg ou à l'étranger du destinataire de l'acte et s'il est justifié que cette signification a porté atteinte aux intérêts de ce dernier ».

X.) est inscrit dans la commune de L. au Luxembourg depuis le 5 mai 1997. **Y.)** était et est toujours inscrite dans la commune de G.. Il en est de même des enfants. Les parties s'étaient mariées en décembre 2005 en Belgique. Les trois premières années du mariage, **X.)** se rendait le week-end chez sa femme en Autriche. Ensuite, depuis avril 2009, ce fut elle qui, s'étant libérée de son travail, était venue avec les enfants à L. pour des périodes plus ou moins longues. Elle dit ne pas avoir fait des démarches pour s'inscrire dans la commune de L. et avoir gardé à G. le centre de ses intérêts. Toujours est-il que, suivant certificat communal de composition de ménage daté du 9 juin 2011, **Y.)** et les enfants y sont inscrits comme demeurant en ménage commun avec **X.)** à partir du 9 mars 2009. (Si, suivant certificat communal de résidence daté du 28 juin 2011, **P.)** et **H.)** résident dans le ménage de **X.)** depuis leurs dates de naissance respectives (2006 et 2008), il ressort des pièces du dossier qu'en fait ils résidaient à L. depuis avril 2009 seulement) **Y.)** rentrait avec les enfants, pendant certaines périodes, à G. qui restait pour elle une sorte de « port d'attache ». Elle a soutenu avoir continué à résider à G. la majeure partie du temps, tandis que **X.)** affirme le contraire. **Y.)** avait donc, tout au moins, gardé continûment en Autriche une résidence stable et effective, sinon même « habituelle ».

Depuis environ mai 2011, **Y.)** restait avec les enfants à G. et refusait que les enfants rentrent avec le père à L.. Puis, le 30 mai 2011, **X.)** profitait d'un séjour de la mère en clinique pour partir avec les enfants au Luxembourg. **Y.)** avait déposé plainte pour enlèvement d'enfants. Le 3 juin 2011, - alors que **X.)** avait emmené les enfants chez sa famille en Belgique - **Y.)** s'y était rendue avec de tierces connaissances pour reprendre les enfants. Après des démêlés avec la police que **X.)** avait appelée à la rescousse, **Y.)** réussit quand même à reprendre les enfants le 6 juin 2011 et à les ramener à G.. Suivent alors les procédures judiciaires visées ci-dessus. Le 17 juin 2011, **Y.)** a fait une déclaration de départ avec les enfants auprès de la commune de L. vers G.. A noter que le 28 juin 2011, **X.)** fit promptement réinscrire les deux enfants dans la commune de L..

Il ressort de cet exposé que depuis mai 2011 Y.) refusait de rentrer avec les enfants au Luxembourg. Le 3 juin 2011, lorsque Y.) cherchait à reprendre les enfants de force pour les ramener en Autriche, il était clair qu'elle ne comptait plus réintégrer le domicile conjugal au Luxembourg ; celui-ci avait cessé d'exister en fait ; la déclaration de départ à la commune le 17 juin 2011 n'était que la régularisation d'une situation de fait antérieure.

Si une personne est présumée demeurer à l'adresse de son inscription au registre de la population, X.) savait pourtant pertinemment que tel n'était plus le cas pour Y.). Cela étant, il y a lieu de faire application de la règle suivant laquelle il n'est pas permis au demandeur connaissant le domicile réel du défendeur de faire signifier, de façon déloyale, en un lieu où il sait que ce dernier ne réside pas. Cette règle, énoncée à l'article 160 susvisé à propos de la « signification à domicile inconnu » a une portée générale (J. cl. procédure civile, t. 3, fasc. 141, éd. 2009, numéros 64 et 112). La Cour fait remarquer que si l'alinéa 2 de l'article 160 applique l'alinéa 1^{er} susvisé 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 », l'inverse doit être vrai aussi lorsque le requérant connaît le domicile réel du destinataire à l'étranger. En l'espèce, faire servir par un huissier l'assignation en divorce et en référé-divorce à l'adresse de l'ancien domicile conjugal qui n'avait plus de consistance ne rimait à plus rien.

La signification litigieuse était à faire, en application de l'article 155, § 5 et de l'article 156 susvisés, en Autriche, à G., au lieu de la « résidence principale » de Y.), qui coïncidait avec son domicile en Autriche.

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 représentée 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.

Par ces motifs,

la Cour d'appel, deuxième chambre, siégeant en matière de référé, statuant contradictoirement,

reçoit l'appel principal de X.) et l'appel incident de Y.),

dit fondé l'appel incident,

réformant,

dit nulle l'assignation en référé-divorce du 7 juin 2011,

condamne **X.**) aux frais et dépens des deux instances.