Arrêt civil

Audience publique du vingt-trois janvier deux mille treize

Numéro 38393 du rôle

Composition :

Joséane SCHROEDER, premier conseiller, président
Christiane RECKINGER, premier conseiller,
Elisabeth WEYRICH, conseiller,
John PETRY, premier avocat général,
Pascale BIRDEN, greffier.

E n t r e :

A.), demandeur d'emploi, demeurant à L-(…),

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Guy ENGEL de Luxembourg du 3 février 2012,

comparant par Maître João Nuno PEREIRA, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

B.), femme de charge, demeurant à L-(…),

intimée aux fins du prédit exploit ENGEL,

comparant par Maître Marc PETIT, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

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

Par jugement contradictoire du 12 janvier 2012, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière civile, a déclaré recevables, mais non fondées la demande principale en divorce de A.) et la demande reconventionnelle en divorce d'B.), a dit qu'il n'y avait pas lieu de statuer sur les mesures accessoires, a dit irrecevable la demande de A.) en exécution provisoire du jugement quant aux mesures accessoires, a dit irrecevable la demande d'B.) en obtention de dommages-intérêts sur base de l'article 301 du code civil, a dit recevable, mais non fondée sa demande en obtention de dommages-intérêts sur base des articles 1382 et 1383 du code civil, a dit non fondées les demandes respectives des époux en obtention d'une indemnité de procédure, a dit non fondée la demande de A.) à voir ordonner la transcription du jugement et a condamné chaque partie à la moitié des frais et dépens avec distraction au profit de Maître Nuno PEREIRA.

Pour débouter l'époux de sa demande en divorce basée sur l'article 1781 a.) du code civil portugais, le tribunal a retenu que A.) est resté en défaut de prouver son lieu de résidence pour la période du 5 mars 2010 au 20 décembre 2010. Le tribunal a encore débouté B.) de sa demande reconventionnelle en divorce basée sur l'article 1781 d.) du code civil portugais au motif qu'elle n'a pas rapporté la preuve des griefs par elle allégués.

A.) a régulièrement relevé appel de ce jugement par exploit d'huissier du 3 février 2012.

Il fait valoir que la preuve de son lieu de résidence entre le 5 mars 2010 et le 20 décembre 2010 et la preuve de la séparation de fait des époux depuis le 23 juillet 2008 serait rapportée par des attestations testimoniales ainsi que par des certificats de résidence versés au dossier. Il serait dès lors établi que les époux vivaient séparés de fait depuis une année avant l'introduction de la demande en divorce. La demande en divorce de l'appelant devrait dès lors être accueillie et le divorce entre les parties devrait être prononcé.

A titre subsidiaire l'appelant formule une offre de preuve en vue d'établir la séparation continue et effective des époux depuis le 23 juillet 2008 et en vue de prouver qu'il a vécu sans son épouse aux (…) du 23 juillet 2008 au 19 décembre 2010.

Concernant les mesures accessoires au divorce, l'appelant demande à titre principal le renvoi de l'affaire devant les premiers juges en prosécution de cause. A titre subsidiaire il demande à voir constater que les époux sont mariés sous le régime de la communauté légale des biens, que le divorce entraîne de plein droit la dissolution de la communauté des époux et il demande à voir nommer un notaire pour procéder aux opérations de liquidation et de partage de la communauté des époux.

B.) ne conteste pas que les époux vivent séparés depuis le 23 juillet 2008, mais elle s'oppose à voir prononcer le divorce sur la base de l'article 1781 a.) du code civil portugais pour séparation de fait depuis un an consécutive.

Elle interjette appel incident et demande le divorce sur base de l'article 1779, alinéa 1er du code civil portugais pour violations graves et renouvelées par l'époux des devoirs et obligations découlant du mariage.

A.) conclut à l'irrecevabilité de l'appel incident d'B.) fondé sur l'article 1779 du code civil portugais, cet article ayant été modifié à la suite de l'abrogation du divorce pour faute par une loi du 31 octobre 2008.

Par conclusions notifiées le 6 novembre 2012 B.) demande acte qu'elle modifie la base légale de sa demande en divorce et qu'elle demande le divorce sur base de l'article 1781 alinéa 1er du code civil portugais.

Quant aux demandes en divorce

A.) base sa demande en divorce sur l'article 1781 a.) du code civil portugais qui prévoit la possibilité de divorcer en cas de séparation de fait des époux pendant une période ininterrompue d'un an avant l'introduction de la demande en divorce. L'article 1782 du même code définit la séparation effective comme l'absence de vie commune entre des époux qui n'entendent plus la rétablir.

En l'espèce l'assignation en divorce date du 5 mars 2010, de sorte que A.) doit rapporter la preuve de la séparation continue et effective des parties depuis au moins le 5 mars 2009.

Il résulte de divers certificats de résidence des communes de (…) et (…) qu' B.) a résidé du 6 août 2008 au 27 mai 2009 à (…), puis à partir du 28 mai 2009 à (…) et que A.) a résidé entre le 20 décembre 2010 et le 3 avril 2011 à (…), venant de (…), puis à partir du 4 avril 2011 à (…).

Il se dégage par ailleurs des attestations testimoniales de C.) et D.) qu' B.) a résidé chez eux à (…) à partir du 23 août 2008 venant de (…) et que A.) a habité à (…) entre le 5 mars 2009 et le 5 mars 2010.

Il est dès lors établi que les époux vivent séparés depuis le 23 août 2008, B.) ne contestant d'ailleurs pas cette séparation, et en tout cas depuis le 5 mars 2009, à savoir pendant l'année précédant l'introduction de la demande en divorce basée sur l'article 1781 a.) du code civil portugais, de sorte que la demande en divorce de A.) est fondée sur la base invoquée.

B.), qui avait demandé reconventionnellement à voir prononcer le divorce sur base de l'article 1779 alinéa 1er du code civil portugais, a, par conclusions notifiées le 6 octobre 2012, demandé acte qu'elle modifiait la base légale de son appel incident et basé sa demande reconventionnelle en divorce sur l'article 1781 alinéa 1 du code civil portugais.

L'article 1781 du code civil portugais dispose qu'en matière de rupture de mariage, sont justificatifs de divorce sans consentement de l'un des conjoints :

1.) la séparation de fait depuis plus d'un an consécutive ;

2.) l'altération des facultés mentales de l'autre conjoint si elle dure depuis plus d'un an, et si par sa gravité, elle compromet la possibilité de vie en commun ;

3.) l'absence sans nouvelles depuis au moins un an ;

4.) quelques soient les évènements qui, indépendamment de la culpabilité des conjoints, attestent la rupture définitive du mariage.

Il y a lieu d'admettre que la partie intimée, qui invoque à l'appui de sa demande reconventionnelle en divorce le comportement fautif de l'époux, a entendu baser sa demande sur l'alinéa 4 de l'article 1781 du code civil portugais aux termes duquel le divorce est prononcé sans le consentement du conjoint et indépendamment de la faute, si la désunion du couple est constatée.

A l'appui de sa demande reconventionnelle, B.) reproche à son époux d'avoir été infidèle depuis le début du mariage, d'avoir régulièrement injurié son épouse, d'avoir fréquenté d'anciens délinquants qui l'auraient incité à commettre des infractions de vols et de trafic de stupéfiants, de s'être désintéressé de ses enfants et de ne pas avoir contribué aux charges du ménage, ni à l'entretien des enfants allant même jusqu'à contester sa paternité de sorte que des analyses ADN ont dû être diligentées à cette fin. B.) reproche encore à son époux de l'avoir obligée de quitter le domicile conjugal avec les enfants et d'avoir vendu le domicile commun à son insu et sans son autorisation et d'avoir perçu le prix de vente.

A.) conteste les griefs allégués. Il soutient que son épouse aurait volontairement abandonné le domicile conjugal et qu'elle aurait été au courant de la vente du domicile conjugal initié par la banque ayant accordé un crédit hypothécaire aux époux, crédit qui n'était plus remboursé. La banque aurait d'ailleurs encaissé le prix de vente à l'exception d'un solde de 2.500 euros perçu par lui.

Force est de constater que les reproches d'infidélité, d'injures ou de délinquance laissent d'être établis et ne sont pas offerts en preuve par l'épouse.

Concernant les raisons de l'abandon du domicile conjugal par l'épouse, il résulte des attestations testimoniales de C.) et de D.) du 30 novembre 2010 que c'est suite à des problèmes conjugaux et financiers que l'épouse, qui n'avait plus de travail et plus de permis de conduire valable, a décidé de quitter le domicile du couple aux (…) pour venir s'installer avec les deux enfants au (…) où elle pouvait solliciter des aides de l'Etat et percevoir des allocations familiales. La preuve d'un départ forcé de la maison familiale en raison du comportement de l'époux n'est pas rapportée, ni offerte en preuve et même contredite par les termes mêmes des attestations testimoniales précitées et de l'offre de preuve formulée par la demanderesse sur reconvention.

Quant à la vente du domicile conjugal, la Cour relève qu'il découle des pièces, d'une part, que l'épouse était représentée à ladite vente par son mari en vertu d'une procuration dont l'authenticité a été constatée devant notaire et d'autre part, qu'à la suite de la vente, un montant de 182.605,46 dollars a été transmis à l'organisme prêteur X.), à l'origine de la transaction, l'époux ayant seulement encaissé un solde de 2.500 dollars.
B.) ne rapportant pas la preuve des griefs allégués par elle et ne les offrant pas valablement en preuve, sa demande reconventionnelle en divorce n'est pas fondée.

Quant à la liquidation de la communauté des époux

Les parties sont mariées sous le régime de la communauté légale.

Etant donné que le divorce entraîne la liquidation de la communauté, il convient de nommer un notaire-liquidateur pour procéder au partage et à la liquidation de la communauté de biens existant entre les époux.

Quant au report des effets du jugement de divorce

L'appelant sollicite le report des effets du divorce quant aux biens au 23 juillet 2008, sinon au 6 août 2008, date de la séparation de fait des époux.

L'intimée n'a pas pris position quant à cette demande.

La demande en report des effets du jugement de divorce est à examiner au regard de l'article 1789 alinéa 2 du code civil portugais, étant donné que la demande en divorce est soumise à la loi portugaise.

L'article 1789 alinéa 2 du code civil portugais dispose que les effets du divorce quant aux relations patrimoniales entre parties remontent au jour de la demande, mais que chaque époux est en droit de demander à ce que les effets soient fixés au jour de l'absence de cohabitation, à condition pour le demandeur d'établir que la cessation de la vie commune est due exclusivement sinon principalement à l'autre époux.

Au vu des pièces attestant que l'épouse a quitté le domicile conjugal du couple aux (…) en date du 23 juillet 2008, il y a lieu de dire que les effets du présent arrêt devenu définitif quant aux biens des époux remonteront à la date du 23 juillet 2008.

Quant aux mesures accessoires, à la demande en dommages-intérêts et à la demande en indemnité de procédure

L'appelant demande à titre principal le renvoi de l'affaire devant les premiers juges pour statuer sur les mesures accessoires de la garde et du droit de visite des enfants communs, les secours alimentaires de l'épouse et de l'enfant mineure E.) et les demandes en dommages-intérêts et en indemnité de procédure de l'épouse.

L'intimée n'a pas pris position quant à l'évocation du litige.

La Cour doit examiner s'il lui est possible de faire droit à la demande de renvoi devant les premiers juges en déterminant dans quelle mesure elle se trouve saisie du litige en vertu de l'effet dévolutif de l'appel.

Le juge d'appel, auquel est déféré une décision qui a statué au fond, se trouve en effet de plein droit, par l'effet dévolutif de l'appel, investi de la connaissance entière de la cause. Il a donc le devoir de vider le litige et ne saurait, sans méconnaître la plénitude de juridiction, renvoyer l'affaire devant les premiers juges En l'espèce il est constant en cause que le jugement entrepris du 12 janvier 2012 a vidé le fond du litige en déclarant les demande principale et reconventionnelle en divorce non fondées, en déclarant non fondée la demande de l'épouse en octroi de dommages-intérêts et les demandes des parties en indemnité de procédure et en statuant sur les frais et dépens.

Le premier juge ayant dès lors épuisé sa juridiction en statuant sur le fond du litige qui lui était soumis, la Cour, saisie de l'entièreté du litige par suite de l'appel, ne saurait saisir une nouvelle fois le juge dessaisi. La question de l'évocation, toujours facultative, prévue à l'article 597 du NCPC qui laisse au juge d'appel la possibilité de renvoyer l'affaire en prosécution de cause devant la juridiction du premier degré, ne se pose dès lors pas en l'espèce, puisque le juge d'appel est saisi de l'intégralité du litige par l'effet dévolutif.

Il suit des considérations qui précèdent qu'il n'y a pas lieu à renvoi devant les premiers juges, mais la Cour a l'obligation de connaître des mesures accessoires et autres demandes de l'épouse et de rendre un arrêt sur le fond.

Garde et droit de visite

L'appelant ne s'oppose pas à voir confier à la mère l'administration définitive de la personne et des biens de l'enfant commune mineure E.), née le …. Il sollicite un droit de visite et d'hébergement de l'enfant commune à exercer d'un commun accord entre le père et l'enfant.

B.) demande à se voir attribuer la garde des enfants communs mineurs F.) et E.). Elle s'oppose à voir accorder à son époux un droit de visite et d'hébergement de l'enfant E.) avec laquelle il aurait coupé tout lien depuis la séparation des époux et dont il aurait contesté la paternité.

L'enfant commun F.), né le …, est devenu majeur le …. Il n'y a partant plus lieu de statuer sur la garde de cet enfant.

Par ordonnance de référé du 8 août 2010 la garde provisoire de l'enfant commune mineure E.) a été confiée à B.).

Au vu de l'accord du père, il y a lieu d'accorder à B.) la garde définitive de l'enfant E.), et ce pour son plus grand bien.

En l'absence d'élément en défaveur du père, il y a lieu de lui accorder un droit de visite et d'hébergement de l'enfant E.) à exercer d'un commun accord entre le père et l'enfant.

Secours alimentaires

B.) réclame à son époux un secours alimentaire à titre personnel de 500 euros ainsi qu'un montant de 350 euros à titre de contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant commune mineure E.). Elle expose qu'elle a un salaire mensuel de 1.186,11 euros et qu'elle perçoit un complément RMG de 259,69 euros, qu'elle paie un loyer de 355,55 euros et rembourse un prêt pour une voiture à raison de mensualités de 215,77 euros.

A.) conteste que son épouse se trouve dans le besoin. A titre subsidiaire l'époux fait valoir que sa situation financière précaire ne lui permet pas de de verser un secours alimentaire à son épouse. Quant à la pension alimentaire pour l'enfant commune E.), il conteste le montant réclamé de 350 euros par mois qui serait surfait et offre de payer un montant de 50 euros par mois eu égard à ses facultés contributives restreintes.

La demande en obtention d'un secours alimentaire à titre personnel est à examiner conformément à l'article 2016 du code civil qui permet d'allouer une pension alimentaire au conjoint divorcé qui se trouve dans le besoin, c'est-à-dire qui est incapable de s'adonner à une activité rémunérée ou est dépourvu de ressources en fortune et en revenus suffisants pour subvenir personnellement à son entretien, étant entendu qu'en principe, après le divorce, chaque époux devra pourvoir lui-même à son entretien.

S'il est vrai que le revenu disponible d'B.), après déduction du loyer et de la mensualité du prêt, est modeste, n'étant que de 875 euros par mois, montant auquel s'ajoutent cependant les allocations familiales pour les enfants, force est de constater que l'épouse n'est pas privée de tous moyens financiers et ne se trouve pas dans le besoin. Il en est d'autant plus ainsi que, âgée de quarante-quatre ans, ayant deux adolescents de dix-neuf ans et seize ans à charge, elle ne travaille qu'à mi-temps. Or elle ne fait état d'aucune maladie ou infirmité

l'empêchant de travailler plus d'heures et d'augmenter ainsi ses propres ressources.

S'y ajoute que les revenus de A.), qui perçoit des indemnités de chômage de 1.468,86 euros et a des charges financières de 1.755,18 euros (loyer mensuel de 1.145 euros, pensions alimentaires pour les deux enfants communs à raison de 150 euros par mois et deux prêts remboursés par des mensualités de 246,68 euros et 213,50 euros), sont très insuffisants pour couvrir même ses propres dépenses et ne lui permettent pas de servir un quelconque secours alimentaire à son épouse.

B.) est partant à débouter de sa demande en octroi d'un secours alimentaire à titre personnel.

Au vu de la situation financière précaire de A.), la pension alimentaire à payer par le père pour l'enfant commune mineure E.) est à fixer au montant de 50 euros par mois.

Demande en dommages-intérêts

B.) demande encore à voir condamner son époux à lui payer un montant de 5.000 euros à titre de dommages-intérêts du chef de préjudices moral et matériel principalement sur base de l'article 301 du code civil et subsidiairement sur base des articles 1382 et 1383 du code civil.

A.) conclut à l'irrecevabilité de la demande de l'épouse basée sur l'article 301 du code civil luxembourgeois, le divorce en l'espèce étant régi par la loi portugaise qui ne connaîtrait pas de disposition analogue. A titre subsidiaire il conteste cette demande en l'absence de preuve d'un préjudice matériel ou moral spécifique dans le chef de l'épouse résultant de la dissolution du mariage. L'époux conclut de même à l'irrecevabilité de la demande basée sur les articles 1382 et 1383 du code civil qui devrait être introduite par action séparée et ne pourrait se greffer sur une demande en divorce. A titre subsidiaire il conteste cette demande en l'absence de preuve d'un préjudice matériel ou moral spécifique dans le chef de l'épouse résultant de la dissolution du mariage.

L'article 1792 du code civil portugais prévoit une indemnisation de l'époux du préjudice résultant pour lui du divorce, par l'époux seul ou le principal coupable du divorce.

Pour autant que la demande en dommages-intérêts de l'épouse est basée sur l'article 1792 du code civil portugais, il y a lieu de constater que le divorce en l'espèce est prononcé sur base de l'article 1781 a.) du code civil portugais en raison de la séparation de fait des époux pendant une période ininterrompue d'un an avant l'introduction de la demande en divorce. Il s'ensuit que la demande en dommages-intérêts de l'épouse est à déclarer irrecevable.

Il n'y a pas lieu d'ordonner l'exécution provisoire de l'arrêt à intervenir quant aux mesures accessoires, cette mesure se heurtant à l'incompétence ratione materiae du juge du fond qui ne statue que pour la période à partir de laquelle le jugement est définitif, l'exécution provisoire ayant au contraire pour finalité d'en faire courir les effets avant cette date, période relevant de la compétence exclusive du juge des référés.

Indemnités de procédure

Les demandes en paiement d'une indemnité de procédure formées par les parties sont à rejeter au motif qu'elles n'ont pas établi en quoi il serait en l'espèce inéquitable de laisser les frais non compris dans les dépens à leur charge respective.

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

la Cour d'appel, première chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement, sur le rapport du magistrat de la mise en état, le représentant du ministère public entendu,

déclare les appels principal et incident recevables ;

vu l'assignation en divorce du 5 mars 2010 ;

déclare la demande principale en divorce fondée ;

déclare la demande reconventionnelle en divorce non fondée ;

réformant,

prononce le divorce entre les époux A.) et B.) sur le fondement de l'article 1781 a.) du code civil portugais ;

ordonne la transcription du dispositif du présent arrêt en marge de l'acte de mariage des époux ainsi qu'en marge de l'acte de naissance de chacun d'eux conformément aux articles 49 et 264 du code civil ;

dit qu'il sera procédé au partage et à la liquidation de la communauté de biens ayant existé entre époux ;

nomme Maître Joëlle BADEN, notaire de résidence à Luxembourg pour y procéder ;

dit que les effets du divorce entre parties quant à leurs biens sont reportés au 23 juillet 2008 ;

évoquant quant aux mesures accessoires,

dit qu'il n'y a plus lieu de statuer sur la garde de l'enfant commun F.), né le … ;

confie à B.) la garde définitive de l'enfant E.), née … ;

accorde à A.) un droit de visite et d'hébergement de l'enfant E.) à exercer d'un commun accord entre le père et l'enfant ;

déclare la demande d'B.) en obtention d'une pension alimentaire à titre de contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant commune mineure E.) fondée pour le montant de 50 euros ;

partant, condamne A.) à payer à B.) la somme de 50 euros par mois à titre de contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant commune mineure E.), ce montant payable et portable le premier de chaque mois et pour la première fois le premier du mois suivant celui où le divorce aura acquis force de chose jugée et à adapter de plein droit et sans mise en demeure préalable aux variations du

nombre-indice du coût de la vie dans la mesure où les revenus du débiteur d'aliments y sont adaptés ;

déclare non fondée la demande d'B.) en octroi d'un secours alimentaire à titre personnel et l'en déboute ;

déclare irrecevable la demande d'B.) en obtention de dommages-intérêts ;

déclare non fondées les demandes des parties en obtention d'une indemnité de procédure et les en déboute ;

fait masse des frais et des dépens des deux instances et les impose pour moitié à chacun des parties avec distraction pour la part qui le concerne au profit de Maître Joao Nuno PEREIRA, avocat à la Cour, qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Madame Joséane SCHROEDER, premier conseiller, en présence du greffier Pascale BIRDEN.