Arrêt civil

Audience publique du deux avril deux mille quatorze

Numéro 40165 du rôle

Composition :

Jean-Claude WIWINIUS, président de chambre,
Christiane RECKINGER, premier conseiller,
Nathalie JUNG, conseiller,
Pascale BIRDEN, greffier.

E n t r e :

A.),

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Luc KONSBRUCK en remplacement de l'huissier de justice Geoffrey GALLE de Luxembourg du 27 juin 2013,

comparant par Maître Marisa ROBERTO, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

B.),

intimé aux fins du prédit exploit KONSBRUCK,

comparant par Maître Fernando DIAS SOBRAL, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

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

Par exploit d'huissier de justice du 29 juin 2009, A.) (ci-après A.)) a assigné en divorce son époux B.) (ci-après B.)) principalement sur base des articles 1779 (divorce pour atteinte fautive aux devoirs conjugaux) et suivants du code civil portugais et subsidiairement sur base des articles 229 et suivants du code civil luxembourgeois.

Par exploit d'huissier de justice du 18 juin 2010, B.) a assigné en divorce son épouse A.) sur base de l'article 1781 a) du code civil portugais (séparation de fait pendant une année consécutive).

A.) a, dans le cadre de la demande de son époux, formulé, à titre subsidiaire, une demande reconventionnelle sur base des articles 1773-3 et 1781 (divorce pour rupture définitive du mariage) du code civil portugais.

Par jugement du 28 février 2013, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière civile, a ordonné la jonction des rôles 130244 et 131709, rejeté le changement de base légale de A.) dans le rôle 130244, déclaré irrecevable la demande en divorce de A.) dans le rôle numéro 130244, déclaré recevable en la pure forme les demandes principale et reconventionnelle en divorce dans le rôle numéro 131709, déclaré fondée la demande principale en divorce d'B.) basée sur l'article 1781 a) du code civil portugais dans le rôle numéro 131709, prononcé le divorce entre B.) et A.), dit qu'il n'y a pas lieu à analyser la demande reconventionnelle en divorce de A.) basée sur l'article 1781 d) du code civil portugais dans le rôle numéro 131709, dit qu'il sera procédé à la liquidation et au partage de la communauté de biens existante entre parties et à la liquidation de leurs reprises éventuelles, commis à cette fin le notaire ES, fixé les effets du divorce quant aux biens entre parties au 9 juin 2009, dit qu'il n'y a plus lieu de statuer sur la garde et le droit de visite et d'hébergement de l'enfant commun majeur E.), né le 30 avril 1994, confié la garde des enfants communes mineures C.), née le 10 avril 1998 et D.), née le 20 juin 2000 à A.), accordé à B.) un droit de visite des enfants communes mineures C.) et D.) à exercer chaque deuxième samedi de 10.00 heures à 18.00 heures, au départ et avec retour en un endroit neutre à convenir librement entre parties, et à défaut d'accord afférent, dans les locaux de l'établissement de restauration rapide Quick à XY accordé à B.) un droit de visite et d'hébergement des enfants communes mineures C.) et D.) à exercer durant une période de trois semaines pendant les congés collectifs du bâtiment durant les vacances scolaires d'été, à condition que le père parte en voyage avec lesdites enfants, dit recevable et partiellement fondée la demande de A.) en obtention d'une pension alimentaire au titre de contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants communs mineurs E.), C.) et D.) et condamné B.) à payer à A.) une pension alimentaire à titre de contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants communs E.), C.) et D.) de 675 euros par mois, à raison de 225 euros par enfant et par mois, allocations familiales non comprises.

Par exploit d'huissier de justice du 27 juin 2013, A.) a régulièrement interjeté appel dudit jugement signifié le 23 mai 2013. L'appel de A.) est limité, d'abord, au volet du premier jugement qui déclare sa demande principale en divorce irrecevable. Ensuite, l'appelante critique le premier jugement en ce qu'il ne se prononce pas sur sa demande incidente en divorce dans le cadre de l'assignation en divorce lancée par l'intimé. Finalement, elle fait appel de la

décision des premiers juges quant au secours alimentaire qui lui a été accordé à titre de contribution à l'entretien et à l'éducation des trois enfants communs du couple.

Bien fondé du divorce

Quant à ses demandes en divorce, à savoir la demande principale en divorce formulée dans le rôle 130344 et la demande reconventionnelle en divorce présentée dans le rôle 131709, l'appelante fait grief aux premiers juges de ne pas y avoir fait droit. Elle demande, partant, par réformation de la décision entreprise de voir prononcer le divorce entre époux pour rupture irrémédiable du mariage.

B.) fait valoir que le divorce entre parties a été prononcé entre parties sur la base invoquée par l'appelante. Il allègue que la séparation de fait ne constitue que l'une des situations caractérisant la rupture définitive du mariage.

La Cour constate que les premiers juges ont, après avoir déclaré irrecevable la demande en divorce basée sur l'ancien article 1779 du code civil portugais, admis que la demande en divorce de l'épouse, présentée dans le second rôle et basée sur les articles 1781 d) et 1773-3 du code civil, devenait sans objet du fait que la demande principale d'B.) en divorce a été accueillie précisément sur la base de l'article 1781 a) du code civil portugais, à savoir en raison de la séparation de fait des époux pendant une période ininterrompue d'un an avant l'introduction de la demande en divorce.

L'intérêt d'une partie au succès ou au rejet de l' action s'apprécie en principe au jour de l'introduction de la demande ou de l'appel.

Le divorce pour faute prévu par l'ancien article 1779 du code civil portugais a été abrogé par la loi no 61/2008 du 3 octobre 2008 réformant le divorce, entré en vigueur le 1er décembre 2008. En effet, le droit portugais ne connaît depuis lors, outre le divorce par consentement mutuel, que le divorce pour rupture définitive du mariage.

Le code civil portugais prévoit ainsi en son article 1781 quatre situations de rupture du mariage permettant à l'un des époux de demander le divorce sans le consentement de l'autre :

a) la séparation de facto pendant une année consécutive
b) l'altération prolongée au-delà d'un an des facultés mentales du conjoint lorsqu'elle compromet par sa gravité la possibilité de la vie commune
c) l'absence du conjoint pendant au moins un an sans qu'il ne donne des nouvelles
d) toute circonstance objective qui, indépendamment de la faute des époux, démontre la rupture définitive du mariage
(cf. Jurisclasseur, Droit comparé, Portugal, fasc.20, Divorce, no 118).

L'appelante sollicite actuellement le prononcé du divorce pour rupture définitive des liens du mariage. Or, le divorce a d'ores et déjà été prononcé entre parties sur cette base, à savoir pour séparation de fait de plus d'un an, qui constitue la première cause de rupture définitive du mariage reprise par l'article 1781 du code civil portugais.

L'appelante reste en défaut de justifier d'un intérêt à voir prononcer le divorce sur base de l'article 1779 d) du code civil portugais et, partant, d'un intérêt pour agir contre ce volet du jugement entrepris.

Ce volet de l'appel est partant irrecevable.

Secours alimentaire

Quant au secours alimentaire à payer par B.) à titre de contribution à l'entretien et à l'éducation des trois enfants communs, l'appelante sollicite la révision vers la hausse du montant lui alloué en première instance et elle demande la condamnation de l'intimé à lui payer, pour les trois enfants communs E.), C.) et D.), la somme de 250 euros par mois et par enfant.

Elle précise qu'elle ne renonce pas à l'indexation de la pension alimentaire.

Dans ses premières conclusions l'intimé ne s'est pas opposé à payer 250 euros par enfant et par mois à titre de contribution aux frais d'entretien et d'éducation des enfants communs.

Par conclusions subséquentes, il interjette cependant appel incident en ce qu'il a été condamné à payer une pension alimentaire pour l'enfant E.), qui serait majeur et qui bénéficierait du revenu pour personnes gravement handicapées. Ce revenu couvrirait largement ses besoins. Il conclut partant, principalement, à l'incompétence de la Cour pour statuer sur une pension alimentaire à allouer à E.), voire à l'irrecevabilité de l'appel quant à ce volet, ainsi qu'à la confirmation du premier jugement quant au secours alimentaire à payer à titre de contribution et à l'entretien des enfants communs mineurs et, subsidiairement, il demande à la Cour de dire que les besoins de E.) sont couverts par le revenu pour personnes gravement handicapées.

Plus subsidiairement, il est d'avis qu'il y a lieu de réduire le montant de la pension alimentaire à allouer à E.) en fonction des besoins de l'enfant.

Quant au moyen d'incompétence soulevé, la Cour retient que c'est à bon droit que les premiers juges ont invoqué les dispositions de l'article 303-1 du code civil luxembourgeois, qui dispose que « l'époux auprès duquel les enfants majeurs continuent de vivre pourra demander que lui soit versé une contribution de son conjoint à leur entretien et à leur éducation, s'ils se trouvent encore, soit en cours d'études justifiées, soit à la charge des parents pour infirmité ou autre motif » pour retenir la compétence du tribunal et la recevabilité de la demande.

Il ressort, en effet, d'un certificat de résidence datant du 11 mars 2013, que E.), bien que majeur, est domicilié auprès de sa mère.

Le moyen d'incompétence, sinon d'irrecevabilité soulevé n'est partant pas fondé.

Concernant le quantum de la pension alimentaire pour les enfants, il y a lieu de rappeler que les père et mère doivent contribuer tous les deux à proportion de leurs facultés respectives aux besoins des enfants communs.

En l'occurrence, les parties ont trois enfants communs, E.), né le 30 avril 1994, C.), née le 10 avril 1998, et D.), née le 20 juin 2000, qui habitent auprès de leur mère.

L'intimé expose qu'il a un salaire net mensuel moyen de 2.776 euros par mois. Il dit payer un loyer de 680 euros par mois, avoir à sa charge des frais d'assurance pour une somme évaluée mensuellement à 106 euros par mois et il fait encore état de frais de téléphone de 100 euros par mois, ainsi que de frais et d'honoraires d'avocat à hauteur de 250 euros par mois. Il affirme que l'enfant majeur E.) ne constitue pas un obstacle à la recherche d'un emploi pour l'appelante, dans la mesure où il se trouverait ou à l'école ou dans une institution spécialisée et ne serait que peu au domicile.

L'appelante maintient avoir des difficultés pour trouver un emploi rémunéré en raison du fait qu'elle doit être présente pour s'occuper de son enfant handicapé et qu'elle ne peut ainsi cibler sa recherche d'emploi que dans des domaines spécifiques et pour des horaires particuliers.

La Cour, à l'inspection des pièces constate que la créancière d'aliments bénéficie depuis le 26 février 2013, au titre du revenu minimum garanti de la somme mensuelle de 1.428,48 euros. Elle est inscrite comme demanderesse d'emploi à l'ADEM et elle a suivi un cours de pédicure médicale pendant l'année scolaire 2012-13. Il ne ressort pas des pièces fournies qu'elle chercherait activement un emploi et l'argument selon lequel elle aurait du mal à trouver un emploi en raison de la présence de son enfant handicapé au domicile est contredit par l'inscription de E.) à l'Institut SJ. Le revenu touché par l'enfant commun majeur handicapé ne saurait, cependant, être pris en considération comme revenu dans le chef de l'appelante, étant donné qu'il est censé pallier au fait que l'enfant, même majeur, ne pourra pas trouver de travail adapté à ses besoins et qu'il a besoin dans la vie de tous les jours de l'assistance de sa mère, qui, par ailleurs, s'occupe de la gestion de son patrimoine en sa qualité de tuteur.

Au titre de dépenses incompressibles, A.) supporte deux prêts hypothécaires remboursés par des paiements mensuels de 391,59 et 745,32 euros. Elle dépense encore 90 euros par année pour l'école du F fréquentée par l'enfant commune G.), ainsi qu'un montant mensuel variant entre 173,5 et 291,48 euros pour l'Institut SJ, fréquenté par E.).

Le débiteur d'aliments touche un salaire mensuel net moyen de 3.000 euros. Il rembourse un prêt Krefima par des mensualités de 221,64 euros et a à sa charge un loyer de 680 euros (charges comprises). Selon un certificat de composition de ménage du 5 juillet 2013, il cohabite avec H.), qui est partant supposée supporter la moitié du loyer. Il a également contracté une assurance-vie au profit de ses enfants pour un montant mensuel de 50 euros et supporte des frais d'assurance de 106 euros par mois. C'est à bon droit que les premiers juges ont écarté les frais et honoraires d'avocat mis en compte par le débiteur d'aliments, ces derniers ne pouvant être considérés comme frais incompressibles. Il en va de même pour les frais de téléphone.

Pour l'appréciation des besoins de l'enfant majeur E.), il y a lieu de considérer qu'il reçoit de la part de l'assurance dépendance un montant de 1.263 euros par mois. Cependant, au vu de son handicap important l'empêchant même de s'occuper de ses affaires courantes, il a des besoins spécifiques qui doivent tous être entièrement supportés par sa mère auprès de laquelle il habite, B.) ne

prenant en charge les enfants que chaque deuxième week-end le samedi, de 10.00 heures à 18.00 heures.

La Cour considère qu'au vu des facultés contributives des parties et des besoins des enfants E.), C.) et D.), il y a lieu de fixer au montant de 250 euros par mois et par enfant le secours alimentaire à payer par le père à titre de contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants.

Le jugement est dès lors à réformer en ce sens.

Faute par l'appelante de justifier en quoi il serait inéquitable de laisser à sa charge tout ou partie des frais dépensés non compris dans les dépens, sa demande en allocation d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel est 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, sur le rapport du magistrat de la mise en état,

reçoit l'appel principal et l'appel incident en la forme ;

dit l'appel principal irrecevable en ce qu'il tend à voir prononcer le divorce entre époux pour rupture irrémédiable du mariage ;

rejette le moyen d'incompétence, sinon d'irrecevabilité soulevé par B.) relatif au secours alimentaire réclamé à titre de contribution à l'entretien et l'éducation de l'enfant commun E.);

dit l'appel incident non fondé ;

dit l'appel principal partiellement fondé ;

réformant,

condamne B.) à payer à A.) un montant de 750 euros par mois à titre de contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants communs E.), né le 30 avril 1994, C.), née le 10 avril 1998, et D.), née le 20 juin 2000, allocations familiales non comprises ;
dit que cette pension est payable et portable le premier de chaque mois et payable pour le premier de chaque mois et pour la première fois le premier jour du mois qui suit celui où le divorce a 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 le sont également ;

confirme pour le surplus le jugement entrepris ;

déboute A.) de sa demande en obtention d'une indemnité de procédure ;

condamne B.) à tous les frais de l'instance d'appel avec distraction au profit de Maître Marisa ROBERTO qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance.