

Arrêt N°15/21 - I - CIV

Arrêt civil

Audience publique du vingt-sept janvier deux mille vingt-et-un

Numéro CAL-2019-00979 du rôle

Composition :

Odette PAULY, président de chambre,
Rita BIEL, premier conseiller,
Yannick DIDLINGER, conseiller,
Amra ADROVIC, greffier assumé.

Entre :

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

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Véronique REYTER
d'Esch-sur-Alzette du 5 septembre 2019,

comparant par Maître Jean-Paul NOESEN, avocat à la Cour, demeurant à
Luxembourg,

et :

B., demeurant à D-(...), (...), (...),

intimé aux fins du prédit exploit REYTER,

comparant par Maître Arsène KRONSHAGEN, avocat à la Cour, demeurant
à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Par jugement civil contradictoire du 31 janvier 2019, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a dit tant la demande principale en divorce de A. sur base de l'article 229 du Code civil que la demande reconventionnelle en divorce de B. sur la même base légale recevables, constaté que lors de la comparution personnelle B. a reconnu avoir traité son épouse avec mépris, mais que ce grief ne lui est néanmoins pas reproché par A. à l'appui de sa demande en divorce, sursis à statuer sur la demande principale en divorce pour permettre à A. de formuler une demande ampliative en divorce, dit la demande reconventionnelle en divorce de B. fondée, prononcé le divorce entre B. et A. aux torts de A., sursis à statuer sur le caractère exclusif ou réciproque des torts jusqu'à ce qu'il soit statué sur le bien-fondé de la demande principale en divorce, ordonné la liquidation et le partage de la communauté légale de biens existant entre parties et la liquidation de leurs reprises éventuelles, commis un notaire à ces fins, donné acte à A. et à B. de leurs renoncations à leurs demandes en obtention de dommages et intérêts sur base de l'article 301 du Code civil, dit la demande de A. en obtention de dommages et intérêts sur base des articles 1382 et 1383 du Code civil recevable, mais non fondée, dit la demande de B. en obtention de dommages et intérêts sur base des articles 1382 et 1383 du Code civil recevable, mais non fondée, attribué la garde de l'enfant commun C., né le 18 avril 2016, à A., sursis à statuer sur la demande de B. en obtention d'un droit de visite et d'hébergement à l'égard de l'enfant commun C. jusqu'à ce qu'il ait versé aux débats un certificat médical du docteur GLEIS, condamné B. à payer à A. une contribution à l'éducation et à l'entretien de leur fils C. de 300 euros par mois, allocations familiales non comprises, dit que cette contribution est payable et portable le premier de chaque mois et pour la première fois le premier du mois qui suit celui où le jugement aura acquis autorité de chose jugée en ce qu'il a prononcé le divorce et en ce qu'il a fixé ladite contribution et qu'elle est 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, fixé l'affaire à une audience ultérieure et réservé les frais, les dépens et les indemnités de procédure.

Par jugement civil contradictoire du 4 juillet 2019, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a dit la demande principale en divorce de A. fondée, dit que le divorce entre B. et A. qui a été prononcé par le jugement n° 2019TALCH04/00055 du 31 janvier 2019 est prononcé à leurs torts réciproques, dit la demande de B. en obtention d'un droit d'hébergement à l'égard de l'enfant commun C., recevable, mais non fondée, accordé à B. un droit de visite à l'égard de l'enfant commun C. à exercer, hormis pour ce qui est des périodes où A. se trouvera en vacances à l'étranger avec l'enfant commun, les 1^{ers}, 2^{èmes}, 4^{èmes} et 5^{èmes} samedis du mois de 10.00 heures à 18.00 heures, ainsi qu'à tout autre moment à convenir entre parties, dit la demande de A. en exercice exclusif de l'autorité parentale à l'égard de l'enfant commun C. recevable, mais non fondée, constaté que, par l'effet de la loi, l'autorité parentale à l'égard de l'enfant commun est exercée conjointement par A. et B., dit tant la demande de A., que la demande de B. en obtention d'une indemnité de procédure sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile recevable, mais non fondée, fait masse des frais et dépens et les a imposés pour moitié à chacune des parties et en a ordonné la distraction.

Par exploit d'huissier de justice du 5 septembre 2019, A. a interjeté appel limité contre le jugement du 4 juillet 2019 pour, par reformation, voir accorder à B. un droit de visite à l'égard de l'enfant commun les premier, deuxième, troisième, quatrième et cinquième samedi du mois de 10 à 18 heures, hormis les périodes où l'appelante se trouve à l'étranger avec l'enfant, mais avec la double précision que le père ne conduise pas l'enfant dans un véhicule automoteur et que la mère soit présente lors du droit de visite.

A l'appui de son appel, A. reproche à B. une consommation persistante de boissons alcooliques à dose élevée, de sorte que pendant toute la durée de la procédure de divorce le droit de visite du père s'exerçait de telle manière que la mère n'était pas forcément présente en permanence, mais se tenait à proximité afin d'éviter que le père ne conduise l'enfant en voiture ou ne l'expose autrement à des situations dangereuses. L'appelante expose que par courrier du 12 juillet 2019, l'intimé a demandé de le laisser seul avec l'enfant, que devant cette insistance subite, la partie appelante demande de clarifier la décision déferée.

B. soulève la nullité de l'acte d'appel pour avoir été signifié à une mauvaise adresse, en l'occurrence moyennant un procès-verbal de recherche.

L'intimé soutient encore que le jugement du 4 juillet 2019 lui a été signifié par la partie adverse en date du 25 juillet 2019 sans réserve aucune, de sorte que l'acte d'appel du 5 septembre 2019 ne respecte pas le délai d'appel de 40 jours prévu à l'article 571 du Nouveau Code de procédure civile et qu'il est à déclarer irrecevable pour cause de forclusion.

Au fond, B. fait valoir que déjà en première instance il a contesté la présence de la mère lors de l'exercice de son droit de visite à l'égard de l'enfant commun. Il conteste qu'il souffre actuellement de problèmes d'alcool, il soutient qu'il est sevré et que les certificats médicaux par lui versés sont contraires au rapport d'expertise Gleis. Il critique le courrier du docteur Seebach affirmant que le contact père/fils serait contraire à l'intérêt de l'enfant.

L'intimé conclut à la confirmation du jugement déferé, en ordre subsidiaire, il demande à se voir accorder un droit de visite encadré au service Treff-Punkt. B. demande l'allocation d'une indemnité de procédure de 2.000 euros et la condamnation de l'appelante à l'intégralité des frais d'avocat chiffrés en l'état à 10.000 euros.

A. reproche à la partie intimée de s'être installée en Allemagne sans avoir déclaré son départ à la commune de son ancienne résidence, de sorte qu'il y a été rayé d'office et que l'huissier a ignoré son adresse.

A. conteste toute manifestation expresse d'acquiescement. Elle soutient que dans les matières concernant un mineur il aurait fallu l'autorisation du juge des tutelles pour acquiescer, que les décisions relatives au droit de visite sont révisibles à tout moment.

La signification faisant courir le délai d'appel contre le signifié et non pas contre le signifiant lui-même et faute de signification du jugement par l'intimé, l'appelante fait valoir que son appel a été interjeté dans le délai.

A. critique les certificats du médecin traitant Bruch pour n'énervier nullement les conclusions de l'expert Gleis.

A. relève que depuis mars 2020, B. n'a pas exercé son droit de visite.

Finalement A. reproche à B. de ne jamais profiter lors de l'exercice de son droit de visite des six heures d'affilée prévues par le jugement.

Appréciation de la Cour

Il résulte des deux jugements intervenus entre les parties, que le jugement prononcé le 4 juillet 2019 a organisé définitivement le droit de visite et d'hébergement du père, de sorte que seul ce dernier jugement est visé par l'acte d'appel.

- Recevabilité de l'acte d'appel du 5 septembre 2019
- Régularité de la signification de l'acte d'appel

L'article 160 du Nouveau Code de procédure civile dispose 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* ».

Lors de la signification de l'acte d'appel, l'huissier de justice a dressé un procès-verbal de recherche au motif que le domicile et la résidence de B. sont inconnus.

B. conclut à la nullité de l'acte d'appel pour indication d'un faux domicile dans son chef et pour ne pas lui avoir été signifié à son domicile réel, étant régulièrement inscrit en Allemagne depuis le 1^{er} septembre 2018.

Il résulte de l'exploit de l'huissier qui a procédé à la signification de l'acte d'appel, y compris le procès-verbal de recherche, que l'huissier n'a pas trouvé B. au numéro (...), (...) à (...), que renseignements pris au bureau de la population l'huissier a été informé que B. a été radié d'office pour destination inconnue depuis le 21 février 2019 de ladite adresse.

Il résulte du jugement dont appel que l'intimé demeure en (...), à (...), (..),(...).

L'article 160 du Nouveau Code de procédure civile soumet la nullité y prévue à la condition que le destinataire de l'acte justifie de ce que la signification incriminée a porté atteinte à ses intérêts.

La signification telle qu'opérée n'a pas entravé B. dans la préparation de sa défense par rapport à l'appel en question, l'intimé ne précisant par ailleurs pas en quoi le fait qu'il n'a pas eu connaissance de l'appel a pu avoir un impact sur sa situation, respectivement la réorganisation de sa défense.

- Délai d'appel

C'est à tort que B. soulève l'irrecevabilité de l'appel interjeté le 5 septembre 2019 par A. contre le jugement du 4 juillet 2019 en tirant argument de la signification sans réserve de ce jugement par A. le 25 juillet 2019.

Le jugement du 4 juillet 2019 n'a pas été signifié par B. à A., de sorte que le délai d'appel n'a pas pris cours à l'égard de cette dernière.

En vertu de la règle que « *nul ne se forclot lui-même* », la signification ne fait pas courir le délai d'appel à l'encontre de celui qui a signifié le jugement.

L'appel relevé le 5 septembre 2019 n'est donc pas tardif.

En considération de ces développements l'appel est à déclarer recevable.

- Au fond

Conformément au jugement déféré, un rapport d'expertise toxicologique a été établi par le docteur Gleis établissant la dépendance de B. à l'alcool et sur base de ce rapport le droit d'hébergement a été refusé au père et seul un droit de visite lui a été accordé en journée.

L'analyse capillaire du 17 décembre 2018 à la base du rapport d'expertise Gleis a retenu une concentration de l'éthylglucuronide de 228pg/mg de cheveux, ce qui correspond à une consommation de près de 430 gr d'éthanol pur par jour, soit à peu près 4 litres de vin à 13% par jour, soit une consommation excessive et régulière d'alcool dans une période d'environ un mois avant le prélèvement capillaire.

L'intimé produit deux certificats médicaux datant des 16 octobre 2018 et 27 mars 2019 établis par un médecin généraliste afin d'établir qu'il ne souffre plus d'intoxication éthylique chronique.

En comparant les dates des certificats médicaux établis à la demande de l'intimé et de l'analyse capillaire, il faut conclure que le certificat du mois d'octobre 2018 se trouve dénié par l'analyse en décembre 2018, soit deux mois plus tard, de sorte qu'il y a lieu de dire que les certificats médicaux ne sont pas probants.

A défaut de pièce permettant de dire que le résultat de l'analyse de l'intimé en décembre 2018 ne correspond plus à la réalité actuelle, les dires de l'intimé prétendant boire uniquement quand il sort et qu'il est actuellement sevré restent à l'état de pure allégation.

C., né le 18 avril 2016, a actuellement 4 ans et demi.

La partie intimée ne contredit pas les conclusions de l'appelante soutenant que le père n'a plus vu l'enfant depuis le mois de mars 2020.

Il est un fait que les parents ne s'entendent pas et que l'enfant, ressentant les tensions entre les parents, est angoissé.

Il y a toutefois lieu de constater que l'appelante ne fait pas état de violence du père à l'égard de l'enfant.

L'enfant a le droit d'entretenir des relations personnelles avec ses ascendants. Seul l'intérêt supérieur de l'enfant peut faire obstacle à ce droit.

En vue de la normalisation progressive des relations entre le père et son fils il y a lieu d'organiser le droit de visite dans un milieu neutre, en l'occurrence au

sein du service Treff-Punkt, ceci afin de permettre au père de recevoir son fils dans des conditions satisfaisantes et de façon autonome.

Ce mode d'exercice du droit de visite constitue pour A. une garantie que le père est sous une certaine surveillance et qu'il a des personnes qualifiées autour de lui pour l'encadrer si besoin.

Il incombe à la mère de rassurer son fils et de favoriser l'évolution de l'enfant vers une autonomie de celui-ci dans ses relations avec chacun de ses parents.

- Demandes accessoires

La partie intimée demande l'allocation d'une indemnité de procédure de 2.000 euros sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile. Cette demande est à rejeter comme non fondée, l'intimé ne justifiant pas l'iniquité requise par le susdit texte.

Quant à la demande en condamnation de A. au montant de 10.000 euros au bénéfice de l'intimé, il convient de relever que la Cour de cassation a jugé que les frais et honoraires d'avocat peuvent donner lieu à indemnisation sur base de la responsabilité civile de droit commun en dehors de l'indemnité de procédure, les frais non compris dans les dépens, donc également les honoraires d'avocat, constituant un préjudice réparable et pouvant être remboursés sur base de la responsabilité pour faute des articles 1382 et 1383 du Code civil (Cass. 9 février 2012, n° 5/12, registre 2881).

Il appartient à la personne qui se dit lésée de rapporter la preuve d'une faute dans le chef de son adversaire, d'un préjudice dans son propre chef et d'un lien de causalité entre les deux. B. ne versant pas de mémoire d'honoraires de son mandataire, ni aucune autre pièce de nature à établir la réalité de son préjudice et de chiffrer celui-ci, sa demande en indemnisation du chef de l'exposition de frais d'avocat est à rejeter.

Eu égard à l'issue du présent litige, il y a lieu de faire masse des frais et dépens et de les imposer pour moitié à chacune des parties en cause.

PAR CES MOTIFS

la Cour d'appel, première chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement,

reçoit les appels principal et incident en la forme,

les dit partiellement fondés,

réformant,

dit que le droit de visite de B. à l'égard de l'enfant commun C. s'exerce au sein du Service Treff-Punkt, sis à L-5374 Munsbach 31, rue du Parc et selon les modalités fixées par ledit service,

dit que le service Treff-Punkt est habilité à autoriser, s'il l'estime approprié, que B. et l'enfant commun C. quittent l'enceinte dudit service pour des sorties non accompagnées,

pour le surplus confirme le jugement de première instance pour autant qu'il a été entrepris,

dit non fondées les demandes de B. en allocation des montants de 2.000 euros et 10.000 euros,

fait masse des frais et dépens de l'instance d'appel et les impose pour moitié à chacune des parties avec distraction au profit de Maître Jean-Paul Noesen affirmant en avoir fait l'avance.