

Audience publique du 17 mai deux mille dix-sept

Numéro 44236 du rôle.

Composition:

Astrid MAAS, président de chambre;
Marie-Laure MEYER, premier conseiller;
Monique HENTGEN, premier conseiller;
Daniel SCHROEDER, greffier.

E n t r e :

A.), demeurant à L-(...), (...),

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Luc KONSBRUCK, en remplacement de l'huissier de justice Pierre Biel de Luxembourg en date du 24 novembre 2016,

comparant par Maître Lydie LORANG, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg ;

e t :

B.), demeurant à L-(...), (...), représenté par son tuteur Maître Mathias PONCIN, avocat à la Cour, demeurant à L-1470 Luxembourg, 7-11, route d'Esch,

intimé aux fins du susdit exploit KONSBRUCK du 24 novembre 2016,

comparant par Maître Monique WIRION, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Antécédents de procédure et exposé du litige

Par exploit d'huissier de justice du 1^{er} avril 2016, **B.)**, représenté par Maître Mathias PONCIN, dûment autorisé par décision du Conseil de Famille du 28 janvier 2016, ci-après **B.)**, a fait donner assignation à **A.)** à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg aux fins de voir prononcer le divorce entre parties aux torts de celle-ci et voir ordonner la liquidation et le partage du régime matrimonial.

A.) a soulevé l'irrecevabilité de la demande au motif que l'action en divorce est une action personnelle qui ne peut être intentée que par la personne elle-même qui doit être en état de lucidité pour pouvoir ce faire.

Or, il serait établi par des certificats médicaux datant pour le plus ancien du 11 février 2015 que **B.)** souffrirait d'une démence sénile.

A titre subsidiaire, il y aurait lieu de tenir la procédure en suspens en attendant le sort à réserver à la plainte pénale déposée par elle du chef de faux, usage de faux et usage de faiblesse en relation avec le mandat que **B.)** aurait donné à Maître Monique WIRION en date du 20 juillet 2015.

Par jugement du 13 octobre 2016, le tribunal a :

- constaté que nonobstant la délibération du conseil de famille intervenue en date du 28 janvier 2016, l'action en divorce introduite par **B.)** est une action qui émane de lui personnellement,
- constaté que le caractère lucide de la volonté de **B.)** n'est pas mis en doute par les pièces versées au tribunal ;
- constaté que dans la procédure en divorce introduite devant le tribunal, **B.)** est dûment représenté par son tuteur ;
- constaté que les parties sont de nationalité luxembourgeoise et qu'elles avaient leur résidence habituelle au Luxembourg au jour de l'assignation en divorce ;
- dit partant la demande en divorce de **B.)** recevable sur base de l'article 229 du code civil ;
- constaté que le sort à réserver au litige n'est pas affecté par la plainte avec constitution de partie civile déposée le 27 mai 2016 par **A.)** auprès du juge d'instruction contre inconnu du chef de faux, usage de faux et abus de faiblesse ;

- constaté qu'en tout état de cause ladite plainte est sans pertinence sur la solution du litige ;
- dit partant qu'il n'y a pas lieu de surseoir à statuer sur la demande en divorce introduite par **B.)** jusqu'à l'évacuation de ladite plainte ;
- fixé la continuation des débats à une audience ultérieure.

Contre ce jugement, lui signifié le 24 octobre 2016, **A.)** a régulièrement interjeté appel par exploit d'huissier de justice du 24 novembre 2016, demandant, par réformation, à la Cour de dire que c'est à tort que les premiers juges ont retenu que le caractère lucide de la volonté de **B.)** doit s'apprécier au moment où celui-ci aurait donné mandat à Maître Monique WIRION pour engager une procédure de divorce alors que cette appréciation doit se faire au moment de l'introduction de la demande et tout au long de la procédure de divorce. Elle demande encore la réformation du jugement en ce que le tribunal a retenu que l'altération des facultés mentales de **B.)** ne serait pas mise en doute par les pièces versées en cause et demande à la Cour de constater au contraire que les pièces en question établissent sans l'ombre d'un doute possible que le caractère lucide de la volonté de **B.)** faisait défaut dès le mois de février 2015 et que ce caractère lucide continue à faire défaut à ce jour.

Elle demande en conséquence à la Cour de dire que la demande introduite par **B.)**, représenté par son tuteur Maître Mathias PONCIN, sur base de l'article 229 du code civil, est irrecevable, subsidiairement de dire que la procédure en divorce ne pourra pas être poursuivie tant qu'il ne sera pas statué par une décision coulée en force de chose jugée sur la plainte déposée par **A.)** contre inconnu en date du 27 mai 2016 du chef de faux, usage de faux et abus de faiblesse.

B.) demande la confirmation du jugement.

Exposé du litige

B.) et **A.)** se sont mariés par devant l'officier de l'état civil de la Ville de Luxembourg le 30 décembre 2003.

Ils sont tous les deux mariés en troisièmes noces.

En vertu d'un contrat de mariage anténuptial reçu par le notaire Frank BADEN le 16 décembre 2003, ils avaient initialement opté pour le régime de la séparation des biens.

Par acte notarié reçu par le notaire Henri HELLINCKX le 13 janvier 2012, ils ont procédé à une modification de leur régime matrimonial en adoptant le régime de la communauté légale des biens tel qu'établi par les articles 1400 et suivants du code civil.

Par dérogation au partage légal des biens de la communauté établi par la loi, les époux ont stipulé dans l'article 4 de l'acte de modification du régime matrimonial *« comme convention de mariage et conformément aux dispositions de l'article 1524 du code civil, mais ce seulement et exclusivement pour le cas de la dissolution de cette communauté par le décès de l'un d'eux, que la totalité de cette communauté appartiendra en pleine propriété au survivant des époux, qu'il y ait ou non des héritiers réservataires, sans que les héritiers de l'autre puissent faire la reprise des apports de capitaux tombés dans la communauté du chef de leur auteur »*.

Le même article 4 stipule encore :

« Conformément aux dispositions de l'article 1525 du code civil, cette disposition n'est pas à considérer comme donation entre époux, mais seulement comme simple clause du contrat de mariage.

Si donc la communauté était dissoute du vivant des deux époux ou si au décès de l'un des deux, une procédure de divorce ou de séparation était pendante entre eux, ou si, conformément à l'article 215 du code civil, ils étaient séparés de fait, les époux arrêtent dès à présent, et cela à titre de règlement transactionnel de leurs droits matrimoniaux respectifs, qu'ils seront à considérer comme mariés sous le régime matrimonial en vigueur avant la signature du présent acte ».

D'où l'intérêt de la question de savoir si l'action en divorce a été valablement introduite par **B.)**.

Le déroulement chronologique des différentes procédures

Par ordonnance du 6 mars 2015, une procédure aux fins d'ouverture d'une tutelle/curatelle en faveur de **B.)** a été ouverte sur requête de son épouse **A.)**.

Le 18 février 2015, le docteur **DR1.)**, médecin-spécialiste en neurologie, a établi un certificat médical se prononçant en faveur de l'ouverture d'une mesure de protection à l'égard de l'intéressé.

Le 10 novembre 2015, le juge des tutelles a procédé à l'audition de **B.)**.

Par conclusions écrites du 8 décembre 2015, le Ministère Public s'est prononcé en faveur de l'ouverture d'une tutelle à l'égard de **B.**)

Par jugement du 6 janvier 2016, le juge des tutelles a prononcé l'ouverture d'une tutelle de **B.**) après avoir retenu qu'il résultait de l'instruction de l'affaire, et notamment du certificat médical du docteur **DR1.**), et de l'audition à laquelle il a été procédé le 10 novembre 2015, que les facultés mentales de l'intéressé étaient altérées et qu'il était dans l'impossibilité de pourvoir seul à ses intérêts et en particulier d'assurer la gestion de son patrimoine. Le juge des tutelles a dès lors retenu qu'il ne saurait être pourvu aux intérêts de **B.**) que moyennant sa représentation continue dans les actes de la vie civile.

Il a écarté l'épouse **A.**) de la charge tutélaire, a déclaré irrecevable la demande subsidiaire de celle-ci en nomination d'un tuteur adjoint, a dit que la tutelle s'exercera sous la forme de conseil de famille et a désigné comme membres pour composer le conseil de famille **C.**), **D.**), **E.**), **F.**), **G.**), **H.**) et Maître Mathias PONCIN et fixé la réunion du conseil de famille au jeudi, 28 janvier 2016 à 14.30 heures au tribunal de la jeunesse et des tutelles.

Ce jugement a été confirmé par arrêt de la Cour d'appel du 16 mars 2016.

Le jugement du 6 janvier 2016 ayant été revêtu de l'exécution provisoire, le conseil de famille s'est réuni le 28 janvier 2016 et a nommé Maître Mathias PONCIN tuteur de **B.**) et son fils **C.**), subrogé tuteur.

Il a d'autre part décidé :

*« Compte tenu du mandat confié par Monsieur **B.**) d'introduire une demande en divorce à l'encontre de son épouse, tous les membres du conseil de famille, sauf Monsieur **D.**), qui s'est abstenu de voter sur ce point, sont d'accord pour entamer la procédure de divorce.*

*Compte tenu du choix effectué par Monsieur **B.**), Maître Monique WIRION sera chargée d'entamer la demande en divorce ».*

Le 1^{er} avril 2016, **B.**) « représenté par Maître Mathias PONCIN, dûment autorisé par décision du Conseil de Famille du 28 janvier 2016 », a introduit contre son épouse le divorce sur base de l'article 229 du code civil.

La même assignation valait assignation en référé.

Devant le juge des référés, **A.**) a contesté la régularité de la procédure de divorce entamée par son époux en soulignant que suivant certificats

médicaux des 11 février 2015 et 2 juin 2015, celui-ci n'aurait plus disposé, en date du 20 juillet 2015, soit à la date du prétendu mandat confié à son avocat, des facultés mentales requises pour entamer une action en divorce.

Elle exposait qu'il découlait de la décision du conseil de famille que c'était sur base de ce mandat que le conseil s'était déclaré d'accord à ce qu'une procédure de divorce fût entamée. Or, dans la mesure où elle contestait que son époux ait encore joui de toutes ses facultés au moment où ce mandat a été confié à l'avocat adverse, elle a demandé la communication du mandat en soulignant en avoir besoin afin d'être en mesure d'entamer une plainte pénale, notamment pour usage de faux.

Les débats se sont limités à cette question.

Par ordonnance du 10 mai 2016, le juge des référés a rejeté la demande d'**A.)** tendant à se voir communiquer le mandat confié par **B.)** à son avocat en vue d'entamer la procédure de divorce en retenant que la délibération du conseil de famille du 28 janvier 2016 n'avait été frappée d'aucun recours ni entreprise de nullité. Le juge des référés a encore retenu qu'il se dégageait à suffisance de droit des rétroactes décrits par le juge des tutelles dans son jugement du 6 janvier 2016 qu'en juin 2015 l'état de santé permettait encore à **B.)** de s'exprimer et que ce n'est qu'en octobre 2015 que son état de santé mental s'est quotidiennement dégradé, de sorte qu'il était à admettre qu'en juillet 2015, **B.)** était en possession des facultés mentales nécessaires pour exprimer sa volonté.

L'affaire au fond

La position des parties

Devant le juge du fond, **A.)** a pareillement soulevé l'irrecevabilité de la demande en divorce au motif que l'action en divorce est une action personnelle qui ne peut dès lors être intentée que par la personne elle-même qui doit être en état de lucidité pour pouvoir ce faire.

Or, il résulterait des attestations concordantes de divers médecins que depuis au moins le mois de février 2015 déjà, sans préjudice à la date exacte mais certainement à la date du 20 juillet 2015, date de l'établissement du prétendu mandat à Maître Monique WIRION, **B.)** aurait souffert d'un état de démence sévère et avancé, lui rendant impossible de suivre des raisonnements complexes et l'empêchant de formuler de façon adéquate ses

souhaits. Il en découlerait tout aussi nécessairement qu'il n'a pas pu avoir les capacités mentales pour donner à Maître Monique WIRION de façon consciente et éclairée le mandat d'entamer une procédure de divorce. Il n'aurait par ailleurs pas pu lui donner les indications factuelles nécessaires pour formuler une demande en divorce de façon éclairée alors que ses capacités de se souvenir auraient été très largement entamées.

Il en résulterait que la décision de divorcer ne serait pas la sienne et que le mandat soumis à Maître Monique WIRIUON ne reflèterait pas sa volonté, mais au contraire celle d'une personne qu'A.) n'arriverait pas à identifier au stade actuel de ses informations, mais qui aurait manifestement intérêt à ce que le divorce soit prononcé.

A.) a ensuite procédé à une analyse des doctrines belge et française pour conclure que le caractère personnel de l'action en divorce impliquerait que les parties devaient constamment être lucides et pouvoir exprimer consciemment leur volonté.

Il ne pourrait être question de substituer à l'aliéné un tiers, un administrateur provisoire ou tout autre, dans l'exercice de ces actions éminemment personnelles.

Elle cite un arrêt de la Cour de cassation belge du 7 mars 1907 (Pas. 154 ; B.J., 883 ; Pand.B. v° Séparation de corps n° 1052 à 1060) où il est notamment dit « (...) *On a objecté qu'en application des articles 29 à 34 de la loi des 18 juin 1850-28 décembre 1973, le dément pouvait être pourvu d'un administrateur provisoire, avec pouvoir de le représenter en justice tant en demandant qu'en défendant. Mais il résulte de l'esprit de cette loi et des travaux préparatoires que cette représentation ne concerne que l'administration des biens du dément et la participation aux actes usuels et indispensables de la vie civile. Cette loi n'empiète nullement sur le principe de la personnalité des actions de divorce ou en séparation* ».

Elle se réfère encore à la doctrine française avant la réforme législative de 2004 (qui a introduit au code civil l'article 249 qui permet désormais à un majeur sous tutelle de former une demande en divorce) qui s'était posé la question : « *L'aliéné peut-il agir en divorce dans ses intervalles lucides ? Il le peut évidemment s'il n'est ni interné, ni interdit. Dans le cas contraire, la solution est fort douteuse ; elle se rattache à celle plus générale de savoir si l'aliéné interdit peut faire des actes extrapatrimoniaux pendant ses intervalles lucides.*

Par contre, il est certain que son tuteur ne pourrait tenter une action en divorce en son lieu et place. (...) ».

Elle en conclut qu'une personne en état d'aliénation mentale, même représentée par son tuteur, ne saurait se porter demandeur en divorce en raison du caractère éminemment personnel de cette demande qui exigerait de surcroît une capacité à rester lucide et à pouvoir exprimer sa volonté de façon consciente tout au long de la procédure.

Par voie de conséquence, un tuteur, même autorisé par le conseil de famille, ne pourrait pas introduire une demande en divorce pour la personne en état d'aliénation mentale.

Même si **B.)** avait pu être physiquement présent dans l'étude de Maître Monique WIRION, ceci ne prouverait rien au sujet de ses capacités réelles de s'exprimer au vu du dossier médical. Il aurait parfaitement pu répéter à Maître Monique WIRION ce que celui qui l'accompagnait lui avait dit de dire.

Le mandataire de **B.)** conteste toutes les affirmations d'**A.)** et soutient notamment que s'il résultait du certificat du docteur **DR1.)** qu'« *une gestion autonome des activités et obligations de la vie quotidienne* » n'était à un moment donné plus possible et qu'il ait été préférable que **B.)** soit aidé dans la gestion de son patrimoine par une fiduciaire, celui-ci aurait pourtant encore tenu des propos cohérents.

Il aurait été assez lucide pour venir la consulter, non pas le 20 juillet 2015, mais le 3 avril 2015 et serait revenu en consultation les 23 avril, 3 juillet et 17 juillet 2015. Il se serait donc déplacé en son étude à quatre reprises en vue du divorce, il aurait formulé de façon claire, nette et précise ses griefs à l'encontre de son épouse. Il aurait également fait part de sa volonté de divorcer à son frère **E.)**, son fils **C.)** ainsi qu'à d'autres personnes.

La décision de divorcer ne serait pas une décision complexe.

B.) aurait fait part de sa décision de divorcer aux différents membres du conseil de famille et celui-ci aurait donné son accord et chargé Maître Monique WIRION d'introduire cette demande en divorce. Nonobstant la délibération afférente du conseil de famille, la demande en divorce émanerait bien de **B.)** et constituerait de la part de celui-ci une action personnelle.

A.) a répliqué en donnant à considérer que si déjà la gestion autonome des actes de la vie quotidienne n'est plus possible, que faudrait-il alors dire d'une décision d'une importance aussi capitale que celle d'entamer une procédure de divorce. Une telle décision n'exigerait-elle pas une capacité de gestion autonome encore plus importante ?

Elle donne finalement à considérer que l'article 489 du code civil, auquel les premiers juges se seraient par ailleurs référés, exigerait qu'il faut être sain d'esprit pour intenter une action en justice.

Ledit article impliquerait clairement qu'il faut être sain d'esprit au moment de l'introduction de la demande en divorce.

Or, il serait constant en cause qu'au moment de l'introduction de la demande en divorce, **B.)** aurait été complètement désorienté et n'aurait plus eu tous ses esprits.

La demande introduite sur instruction du conseil de famille et non pas par **B.)** serait donc irrecevable.

A toutes fins utiles, elle offre de prouver par expertise médicale que **B.)** n'était plus sain d'esprit depuis le 2 février 2015 et qu'il n'a pas pu prendre la décision personnelle et lucide d'entamer une procédure de divorce sinon qu'il n'était plus sain d'esprit depuis le 3 avril 2015 et qu'il n'a pas pu prendre la décision personnelle et lucide d'entamer une procédure de divorce en date du 16 avril 2016.

Appréciation par la Cour

Tel que l'ont constaté les premiers juges, aucun article du code civil ne règlemente l'introduction d'une demande en divorce par un majeur protégé.

La seule hypothèse prévue par le code civil est celle de l'article 231 qui permet qu'un des conjoints peut demander le divorce en cas de séparation de fait de plus de cinq ans due à l'état d'aliénation mentale paraissant incurable dans lequel se trouve l'autre conjoint et s'il ressort de cette situation que la désunion est irrémédiable. Dans ce cas, le conjoint défendeur sera représenté par son tuteur ou son administrateur ad hoc désigné préalablement par le président du tribunal à la requête de la partie demanderesse.

Ledit article n'est d'aucune aide dans la présente espèce alors qu'il ne règle que la procédure à suivre contre l'époux défendeur souffrant d'une aliénation mentale, mais pas le cas où l'initiative du divorce émane de l'époux souffrant de démence alléguée.

Afin de se prononcer sur la recevabilité de la demande de **B.)**, il faut déterminer la nature juridique de l'action en divorce.

Celle-ci relève de la catégorie des actions « réservées » ou « attitrées ». L'action en divorce est l'un des exemples dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention.

Il en suit que son exercice, tant en demandant qu'en défendant (sous la réserve des dispositions de l'article 231 du code civil) appartient aux seuls époux.

L'action en divorce est strictement personnelle.

Le caractère personnel de l'action en divorce, qui met en cause de façon essentielle l'état des personnes concernées, implique que les parties doivent constamment être lucides et pouvoir exprimer consciemment leur volonté (cf. Gaston Vogel : Le divorce en droit luxembourgeois, 2^{ème} édition, n° 256 et 257).

Il a été jugé que *« la démence de l'un des époux rend impossible l'exercice de l'action en divorce ou en séparation de corps, de même que la défense à pareille action aussi longtemps que l'époux malade n'a pas repris l'usage de ses facultés intellectuelles ; il ne peut être question de substituer à l'aliéné un tiers, administrateur provisoire ou autre, dans l'exercice de ses actions éminemment personnelles (...) »*. La Cour précise qu'à l'époque de cette décision l'exception de l'article 231 du code civil n'existait pas encore, ledit article n'ayant été introduit dans le code civil que par la loi du 5 décembre 1978).

Cette jurisprudence garde cependant toute sa valeur lorsque c'est le demandeur en divorce qui souffre d'une altération de ses facultés mentales.

Tel que le dit à juste titre **A.)**, la lucidité du demandeur en divorce et partant sa volonté de divorcer, doit être appréciée au moment de l'introduction de la demande en divorce.

Le moment décisif était dès lors le 1^{er} avril 2016, soit le jour où l'assignation en divorce a été introduite.

Or, ce jour-là, les facultés mentales de **B.)** étaient altérées à un point tel qu'il était placé sous tutelle.

En effet, dès le 6 mars 2015, une procédure aux fins d'ouverture d'une tutelle/curatelle en faveur de **B.)** a été ouverte sur requête de son épouse **A.)**.

Par jugement du 6 janvier 2016, le juge des tutelles a prononcé l'ouverture d'une tutelle de **B.)** après avoir retenu qu'il résultait de

l'instruction de l'affaire, et notamment du certificat médical du docteur **DR1.**), et de l'audition à laquelle il a été procédé le 10 novembre 2015, que les facultés mentales de l'intéressé étaient altérées et qu'il était dans l'impossibilité de pourvoir seul à ses intérêts et en particulier d'assurer la gestion de son patrimoine. Le juge des tutelles a dès lors retenu qu'il ne saurait être pourvu aux intérêts de **B.)** que moyennant sa représentation continue dans les actes de la vie civile.

La seule date qu'il faut prendre en considération pour se prononcer sur la recevabilité de la demande étant celle du 1^{er} avril 2016, il n'y a pas lieu de rechercher si aux différentes dates où **B.)** a consulté Maître Monique WIRION en 2015 en vue de son divorce, celui-ci disposait encore des facultés cognitives suffisantes pour prendre une telle décision.

A supposer même que tel ait été le cas, il s'est écoulé trop de temps entre sa dernière consultation en juillet 2015 et l'assignation en divorce, temps pendant lequel il aurait encore parfaitement pu changer d'avis, de sorte qu'il serait aventureux d'affirmer que l'assignation du 1^{er} avril 2016 reflète encore sa volonté actuelle et éclairée.

Le libellé même de l'assignation en vertu duquel c'est « **B.)**, représenté par Maître Mathias PONCIN, dûment autorisé par décision du Conseil de Famille du 28 janvier 2016 » qui agit en divorce contredit l'affirmation de son avocat qu'il s'agit bien d'une action personnelle de celui-ci.

Au vu de ce qui précède, la Cour décide, par réformation, que la demande en divorce introduite par « **B.)**, représenté par Maître Mathias PONCIN, dûment autorisé par décision du Conseil de Famille du 28 janvier 2016 » est irrecevable.

Eu égard à la décision à intervenir, la Cour est dispensée d'examiner la validité du mandat donné à Maître Monique WIRION et n'est pas non plus tenue de surseoir à statuer dans l'attente qu'il soit jugé définitivement sur le mérite de la plainte pénale déposée contre inconnu pour faux et usage de faux du chef de ce mandat.

L'indemnité de procédure

B.) demande la condamnation d'**A.)** au paiement d'une indemnité de procédure de 5.000 € pour l'instance d'appel.

Au vu de l'issue du litige, il n'est pas inéquitable que **B.)** supporte seul l'intégralité des frais incompressibles de sorte qu'il y a lieu à rejet de sa demande.

PAR CES MOTIFS :

La Cour d'appel, septième chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement, le magistrat chargé de la mise en état entendu en son rapport oral,

reçoit l'appel ;

le dit fondé ;

réformant :

déclare la demande en divorce engagée le 1^{er} avril 2016 par **B.**), représenté par Maître Mathias PONCIN dûment autorisé par décision du Conseil de Famille du 28 janvier 2016 contre **A.**) irrecevable ;

dit non fondée la demande de **B.**), représenté par Maître Mathias PONCIN dûment autorisé par décision du Conseil de Famille du 28 janvier 2016, basée sur l'article 240 du NCPC ;

condamne **B.**), représenté par Maître Mathias PONCIN dûment autorisé par décision du Conseil de Famille du 28 janvier 2016 aux frais et dépens des deux instances.