Arrêt N° 174/20 - I - CIV

Arrêt civil

Audience publique du quinze juillet deux mille vingt

Numéro CAL-2019-00760 du rôle

Composition :

Odette PAULY, président de chambre,
Rita BIEL, premier conseiller,
Yannick DIDLINGER, conseiller,
Marie-Jeanne KAPPWEILER, premier avocat général,
Brigitte COLLING, greffier.

E n t r e :

A), né le (…) à (…), demeurant à L-(…),

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Carlos CALVO de Luxembourg du 24 mai 2019,

comparant par Maître David TRAVESSA MENDES, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

B), née le 30 septembre 1963 à Luxembourg, demeurant à L-8009 Strassen, 49A, route d'Arlon, agissant au nom et pour compte de l'enfant mineur Enfant mineure, née le 27 juillet 2006,

intimée aux fins du prédit exploit CALVO,

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

en présence du ministère public, partie jointe.

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

Par jugement civil contradictoire du 17 mai 2017, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, saisi d'une demande B) (ci-après B)) tendant à voir dire que A) (ci-après A)) est le père naturel de l'enfant Enfant mineure, née le (…), a dit la demande en recherche de paternité recevable et, avant tout autre progrès en cause, a ordonné une expertise génétique et nommé des experts pour y procéder.

Par jugement du 27 mars 2019, le tribunal, statuant en continuation du jugement du 17 mai 2017, a dit que le jugement du 17 mai 2017 est revêtu de l'autorité de la chose jugée, a dit fondée la demande en recherche de paternité d'B), a dit que A), né le 9 octobre 1964, est le père de l'enfant Enfant mineure, (…) à (…), dont B), (…) à (…), est la mère, a ordonné la transcription du dispositif du jugement sur les registres de l'état civil de (...) et la mention en marge de l'acte de naissance de Enfant mineure, a condamné A) à payer à B) la somme de 1.000 euros sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile, a condamné A) aux dépens de l'instance.

De ces deux jugements, A) a régulièrement relevé appel suivant exploit d'huissier de justice du 24 mai 2019, le jugement du 27 mars 2019 lui ayant été signifié le 23 avril 2019.

A l'appui de son appel il reproche aux juges de première instance d'avoir ordonné, suivant jugement du 17 mai 2017 une expertise génétique, sans avoir analysé, malgré ses contestations y afférentes, si B) s'est trouvée dans un des deux cas d'ouverture à l'action prévue à l'article 340 du Code civil et d'avoir, suivant jugement du 27 mars 2019, déclaré sa demande de réexamen des arguments tirés de l'article 340 irrecevable, pour cause d'autorité de la chose jugée, bien que la Cour d'appel ait, suivant arrêt du 23 mai 2018, déclaré irrecevable l'appel relevé du jugement du 17 mai 2017 pour être prématuré, le jugement entrepris étant un jugement avant-dire droit. Le jugement du 17 mai 2017, ne pourrait dès lors pas avoir autorité de chose jugée à défaut d'avoir tranché une partie du principal. Le tribunal aurait dans son jugement du 27 mars 2019 dû respecter l'autorité de chose jugée de l'arrêt du 23 mai 2018 et examiner si B) a établi être dans un des deux cas d'ouverture à l'action tels que prévus par l'article 340 du Code civil. Le non-respect par les juges de première instance aux termes du jugement du 27 mars 2019, de la portée de l'arrêt du 23 mai 2018 créerait en outre un imbroglio, alors que le jugement du 17 mai 2017 a été signifié à l'appelant le 31 mai 2017, de sorte que le délai d'appel au sujet de l'article 340 du Code civil serait expiré du seul fait de la teneur du jugement du 27 mars 2019, qui attribue au jugement du 17 mai 2017 l'autorité de la chose jugée au sujet de l'article 340 et ce après que l'appel relevé en temps utile du jugement du 17 mai 2017 a été déclaré irrecevable pour être prématuré. La simple référence des juges de première instance dans le jugement du 17 mai 2017 à un arrêt de la Cour de cassation française du 20 mars 2000 n'aurait aucune portée en droit luxembourgeois, étant donné que le Code civil français a aboli les deux cas d'ouverture à l'action en recherche de paternité prévus à l'article 340 du Code civil luxembourgeois. Les juges de première instance ayant omis de statuer sur les deux cas d'ouverture à l'action intentée par B), le jugement du 17 mai 2017 violerait l'article 89 de la Constitution et l'article 351 du Nouveau Code de procédure civile, le jugement du 27 mars 2019 violerait les mêmes textes et encore l'autorité de la chose jugée de l'arrêt de la Cour du 23 mai 2018 et le droit du justiciable au double degré de juridiction. L'appelant conclut, principalement, à voir annuler et/ou à voir dire nuls les

deux jugements déférés et à voir renvoyer l'affaire devant le tribunal autrement composé afin qu'il soit statué sur les deux cas d'ouverture à l'action en recherche de paternité. Il demande acte qu'il s'oppose à une évocation de l'affaire et, subsidiairement, qu'il conteste qu'B) ait prouvé être dans un des deux cas d'ouverture à l'action prévus à l'article 340 du Code civil.

L'intimée conclut au rejet de l'appel. Elle aurait entretenu avec A) une relation amoureuse du mois de septembre 2004 jusqu'au début du mois de février 2005, puis de manière épisodique jusqu'au début du mois de décembre 2005, de cette relation serait née Enfant mineure le 27 juillet 2006 à Luxembourg. Ce serait à juste titre que par jugement du 17 mai 2017, le tribunal a ordonné une expertise génétique sur base de l'article 340 du Code civil, en ce que les deux cas d'ouverture prévus par cet article peuvent être prouvés par tous moyens. Le tribunal se serait encore à juste titre référé à l'arrêt de la Cour de cassation française du 28 mars 2000 retenant que « *l'expertise est de droit en matière de filiation, sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder »,* cette jurisprudence ne serait pas en contradiction avec l'article 340 du Code civil luxembourgeois. Le jugement du 17 mai 2017, en ordonnant une mesure d'instruction n'aurait pas violé l'article 351 du Nouveau Code de procédure civile, en ce que l'intimée a apporté tous les éléments à sa disposition pour prouver que A) est le père de l'enfant mineure, mais que seule une expertise permet d'établir avec certitude cette filiation. Le jugement serait motivé et ne violerait pas l'article 89 de la Constitution, en sorte que la demande de l'appelant tendant à le voir annuler est à rejeter.

Les juges de première instance auraient encore dit à juste titre aux termes du jugement du 27 mars 2019, que le jugement du 17 mai 2017 a autorité de chose jugée et déclaré irrecevable la demande de A) en réexamen des arguments tirés de l'article 340 du Code civil, en ce qu'un jugement peut ne pas être appelable pour ne pas trancher une partie du principal, mais être revêtu de l'autorité de la chose jugée. Ils auraient retenu à bon droit qu'il existe suffisamment d'indices pour dire que A) est le père biologique de l'enfant mineure. Ni l'article 351 du Nouveau Code de procédure civile, ni l'article 89 de la Constitution n'auraient été violés.

L'intimée conclut dès lors, principalement, à la confirmation des jugements des 17 mai 2017 et 27 mars 2019, sinon, subsidiairement, et pour autant que de besoin, à l'institution d'une expertise biologique.

Elle sollicite encore la condamnation de l'appelant au paiement d'un montant de 5.000 euros du chef de dommages et intérêts pour procédure abusive et vexatoire, soutenant que celui-ci est de mauvaise foi et fait tout pour faire trainer l'affaire afin d'échapper à ses responsabilités et de lui porter préjudice.

L'intimée relève appel incident et demande, par réformation la condamnation de l'appelant non seulement aux dépens de la première instance, mais également aux frais de cette instance, dont les frais des Laboratoires Réunis de 270 euros.

Dans ses conclusions en réplique, l'appelant conteste la demande d'B) en allocation de dommages et intérêts pour procédure abusive et vexatoire, il réitère les motifs contenus dans l'acte d'appel et reproche encore à la partie

intimée de prétendre avoir entretenu une relation amoureuse avec lui de septembre 2004 à février 2005, puis de manière épisodique jusqu'en décembre 2005, alors qu'en première instance elle aurait d'abord indiqué une période unique qui n'aurait pas coïncidé avec la période de conception, avant de procéder à la correction de son « *erreur ».* Il fait valoir que son refus légitime de se soumettre aux opérations d'expertise ordonnées par le jugement du 17 mai 2017 ne saurait être interprété comme un aveu de paternité. Il conteste le caractère contradictoire du test de paternité réalisé par *« l'Institut für Humangenetik der Universität des (…) »* à la seule requête d'B). De plus, l'origine des échantillons ayant servi à réaliser le test n'aurait pas été vérifiée par l'institut, l'emballage contenant l'écouvillon n'aurait pas été scellé après le prélèvement, la partie intimée ne l'aurait pas informé du résultat du test et il ne serait pas concevable qu'en matière de filiation un test de paternité puisse être réalisé en dehors d'une décision de justice, sans porter atteinte aux dispositions d'ordre public de droit luxembourgeois et au principe du contradictoire, en sorte que les pièces relatives au test ADN réalisé en juillet 2007 ne sont pas pertinentes et ne constituent pas un élément de preuve.

La partie intimée réplique que l'appelant s'est volontairement soumis à l'expertise génétique faite en (…), qu'il a reconnu lui avoir remis son échantillon servant à réaliser les tests pour qu'elle le fasse parvenir à l'institut, la copie de la carte d'identité de l'appelant serait annexée au protocole de prélèvement de l'expertise, ainsi que son empreinte génétique. Quant à la question de la recevabilité de l'action en recherche de paternité par rapport aux *« deux cas d'ouverture »*, elle fait valoir que le raisonnement de la partie adverse est faux, en ce que l'article 340 du Code civil français issu de la loi du 3 janvier 1972 et le texte luxembourgeois issu de la loi du 13 avril 1979 ne sont pas similaires. Au vœu de l'article 340 du Code civil luxembourgeois, il ne serait pas nécessaire de prouver, pour qu'une mesure d'instruction soit ordonnée, l'existence de relations sexuelles entre la mère et le prétendu père pendant la période légale de conception ou encore l'aveu exprès ou tacite que le prétendu père est le père de l'enfant. L'aveu de A) de l'existence de relations sexuelles pendant la période légale de conception résulterait par ailleurs de ce qu'il s'est soumis au mois de juillet 2007 à un test de paternité extra-judiciaire.

Le ministère public se rapporte à la sagesse de la Cour tant en ce qui concerne la recevabilité que le bien-fondé de l'appel.

Appréciation de la Cour

- Quant à l'annulation des jugements des 17 mai 2017 et 27 mars 2019

L'appelant conclut à la nullité des jugements déférés pour absence de motifs, plus particulièrement pour absence de réponse à conclusions. Les juges de première instance en instituant une expertise génétique, sans statuer sur les deux cas d'ouverture d'action tels que prévus à l'article 340 du Code civil auraient violé l'article 89 de la Constitution.

Le défaut de motivation est un vice de forme. Il en découle que le jugement est régulier en la forme dès qu'il comporte un motif, exprès ou implicite, si incomplet ou si vicieux soit-il, sur le point considéré.

Le jugement du 17 mai 2017 s'est prononcé sur la recevabilité de l'action en recherche de paternité intentée par B), au regard des articles 340-4 et 340 du Code civil et a ordonné une expertise génétique. Les juges de première instance ont notamment retenu à cet égard que la demande est recevable en raison du caractère inconstitutionnel de l'article 340-4 du Code civil en application d'un arrêt de la Cour constitutionnelle du 29 juin 2012 et ils ont déclaré que la preuve de l'existence d'un lien de filiation est libre et que l'expertise biologique est de droit en matière de filiation, conformément à un arrêt de la Cour de cassation française du 28 mars 2000.

Les juges de première instance, en retenant que la preuve de l'existence d'un lien de filiation, est libre et que l'expertise biologique est de droit en matière de filiation ont implicitement statué sur les contestations de A) quant à l'existence d'un des deux cas d'ouverture de l'action en déclaration judiciaire de paternité hors mariage.

Il n'y a partant pas de défaut de motivation, le jugement du 17 mai 2017 ne viole pas l'article 89 de la Constitution, ni l'article 351 du Nouveau Code de procédure civile.

L'appel relevé de ce jugement par A) a été déclaré irrecevable par un arrêt de la Cour du 23 mai 2018 pour être prématuré, le jugement du 17 mai 2017 constituant un jugement avant-dire droit.

Bien qu'un jugement avant dire droit ne puisse pas faire l'objet d'un appel immédiat, ces motifs sont néanmoins pris en considération pour apprécier s'il ne produit pas à l'égard de certains points l'autorité de la chose jugée.

A cet égard, les juges de première instance ont retenu à juste titre aux termes de leur jugement du 27 mars 2019, que les motifs du jugement du 17 mai 2017 relatifs à la recevabilité de la demande d'B) et le bien-fondé de la mesure d'instruction ordonnée au regard des articles 340 et 340-4 du Code civil forment le soutien nécessaire du dispositif et participent dès lors à l'autorité de chose jugée relativement à la contestation tranchée. La demande de réexamen des arguments tirés de l'article 340 du Code civil formulée par A) a partant à son droit été déclarée irrecevable pour cause d'autorité de chose jugée.

Dans la mesure où A) veut rediscuter ces points en instance d'appel, c'est de manière pertinente qu'il a relevé appel du jugement du 17 mai 2017 ensemble avec le jugement du 27 mars 2019 qui ouvre la voie de l'appel.

Contrairement à ce qui est soutenu par l'appelant, il convient de préciser que, puisqu'un jugement avant dire droit n'est pas appelable, le fait de le signifier ne fait pas courir le délai d'appel, et le destinataire d'une éventuelle signification peut donc toujours relever appel après l'intervention ultérieure d'un jugement appelable, même si, comme en l'occurrence, plus de 40 jours se sont écoulés depuis la signification du jugement du 17 mai 2017 à A) le 31 mai 2017.

L'appel n'est dès lors pas fondé en ce qu'il tend à l'annulation des jugements des 17 mai 2017 et 27 mars 2019.

- Le bien-fondé de la demande

L'article 340 du Code civil dispose que « *La paternité hors mariage peut être judiciairement déclarée lorsqu'il est prouvé par tous moyens, soit que le père prétendu a eu des relations sexuelles avec la mère pendant la période légale de la conception, soit qu'il a avoué expressément ou tacitement être le père de l'enfant, notamment lorsqu'il a pourvu ou participé à son entretien et à son éducation en qualité de père.* »

L'article 340 du Code civil est issu de la loi du 13 avril 1979 portant réforme de la filiation.

L'intention du législateur était d'ouvrir largement la porte à l'action en recherche de paternité.

Il résulte de l'avis du Conseil d'Etat relatif au projet de la prédite loi que:

« *D'après le texte proposé, le juge peut déclarer établie une filiation naturelle, non seulement dans les cas limitativement énoncés à l'article 340 actuel, mais chaque fois que la filiation invoquée lui apparaît suffisamment certaine. Cette conception extensive de l'action en recherche de paternité s'accorde parfaitement avec l'esprit de la réforme, alors qu'il s'agit d'assurer à chaque enfant sa filiation véritable et d'instaurer l'égalité entre tous les enfants, quelle que soit leur origine. Si les auteurs du projet de loi n'avaient admis l'action en recherche de paternité que dans les cas limitativement énoncés à l'article 340 actuel du Code civil, on pourrait se demander s'ils ne rétabliraient pas, dans une certaine mesure, au niveau de l'établissement de la filiation, une inégalité qu'ils ont supprimée au niveau des effets ».*

Les références de l'appelant à la jurisprudence française relative à l'article 340 du Code civil français, dans sa rédaction issue de la loi du 3 janvier 1972, prévoyant cinq cas d'ouverture à l'action ne sont pas transposables en droit luxembourgeois, en ce que l'article 340 du Code civil luxembourgeois tel qu'il est issu de la loi du 13 avril 1979 n'a pas la même teneur.

Conformément à l'article 340 du Code civil luxembourgeois, l'existence de la paternité alléguée est à retenir dès lors que se trouve établie l'existence de relations sexuelles du prétendu père avec la mère pendant la période légale de conception, ou que le prétendu père a avoué, expressément ou tacitement, être le père de l'enfant, ces preuves étant à rapporter par tous moyens, l'article 340 du Code civil ne soumettant pas l'institution d'une mesure d'instruction y relative à la preuve préalable de relations sexuelles pendant la période légale de conception.

Admettre avec A) que l'article 340 du Code civil requière pour l'institution de l'examen des empreintes génétiques, voire d'une quelconque mesure d'instruction, l'existence de la preuve préalable de relations sexuelles entre le prétendu père et la mère reviendrait à vouer à un échec certain toute action en recherche de paternité dans l'hypothèse où les relations sexuelles litigieuses pendant la période légale de conception sont contestées et que la relation intime est secrète, ce qui ne correspond pas à la volonté du législateur.

De plus, par application de l'article 7 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 20 novembre 1989 et approuvée par la loi du 20 décembre 1993, l'enfant a le *« droit de connaître ses parents »* et suivant son article 3, dans toutes

les décisions qui concernent les enfants, *« l'intérêt supérieur de l'enfant »* doit être une considération primordiale.

Qui plus est, la quête de la vérité biologique tombe, d'après la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, sous l'empire de l'article 8 de la CEDH, cette Cour ayant décidé que pour trancher une action tendant à faire établir la paternité, les tribunaux doivent tenir compte de *« l'intérêt supérieur de l'enfant »* et que les personnes se trouvant dans une situation comparable à celle de la demanderesse ont un *« intérêt vital »,* défendu par la CEDH, à obtenir les informations qui leur sont indispensables pour découvrir la vérité sur un aspect important de leur identité personnelle (Cour européenne des droits de l'homme, arrêt M. c. C., 7 février 2002, points 65 & 64).

B) et A) s'accordent pour dire qu'ils ont eu des relations sexuelles, ils divergent néanmoins quant à l'époque de ces relations, contrairement à B), l'appelant soutient que ces relations se situaient antérieurement à la période légale de conception de l'enfant Enfant mineure.

A) s'est volontairement soumis en juillet 2007 à une expertise génétique réalisée par *« l'Institut für Humangenetik der Universität des (…) »* retenant que la probabilité que A) soit le père biologique de l'enfant mineure Enfant mineure est de 99,999995%, une copie de sa carte d'identité est annexée au protocole de prélèvement de l'expertise ainsi que son empreinte génétique. Il a par ailleurs réglé la facture y afférente d'un montant de 400 euros.

Le juge peut ordonner d'office toute mesure d'instruction légalement admissible, dont l'examen des empreintes génétiques.

Dans l'intérêt supérieur de l'enfant de voir établir sa filiation véritable avec la plus grande certitude possible, partant selon une méthode scientifique, c'est dès lors à juste titre que les juges de première instance ont ordonné une analyse de l'empreinte génétique.

Conformément à l'article 60 du Nouveau Code de procédure civile, les parties sont tenues d'apporter leur concours aux mesures d'instruction sauf au juge à tirer toute conséquence d'une abstention ou d'un refus.

Dans une action en recherche de paternité, les juges du fond apprécient souverainement les preuves produites, y compris les conclusions du rapport d'expertise (Cass. 1re civ., 23 avr. 2003 : RJPF juill.-août 2003, p. 22, note T. Garé. – CA Paris, 14 févr. 2008, n° 04/24484 : JurisData n° 2008-364179*)*.

Si l'une des parties refuse sans motif légitime de se soumettre à la mesure d'instruction, les juges apprécient aussi souverainement les conséquences à en tirer, qu'il s'agisse d'un examen comparé des sangs ou d'une expertise d'identification par les empreintes génétiques.

Le refus injustifié du père prétendu est généralement interprété comme un aveu implicite de sa paternité. Toutefois le seul refus du défendeur de se soumettre à un examen biologique ne saurait suffire, en l'absence de tout autre élément, à rapporter la preuve de sa paternité *(*Cass. 1re civ., 23 févr. 2011, n° 10-17.799 : RJPF juin 2011, p. 42, obs. T. Garé*)*.

A) s'est volontairement soumis en juillet 2007 à une expertise génétique réalisée par *« l'Institut für Humangenetik der Universität des (...) »* retenant que la probabilité qu'il soit le père biologique de l'enfant mineure Enfant mineure est de 99,999995%, une copie de sa carte d'identité est annexée au protocole de prélèvement de l'expertise ainsi que son empreinte génétique. Il reconnaît avoir remis l'échantillon devant servir à réaliser les tests à B) en vue de sa transmission à l'institut. Les simples affirmations de l'appelant que l'institut n'a fait aucune vérification de l'identité des personnes dont l'ADN a été analysé et que l'emballage contenant l'écouvillon n'a pas été scellé après prélèvement non autrement étayées ne suffisent pas à mettre en doute le résultat de cette expertise.

A l'instar des juges de première instance, la Cour retient, qu'eu égard au refus sans motif légitime de A) de se soumettre à l'expertise génétique ordonnée judiciairement, à son comportement et aux résultats du test génétique versé en cause, il existe suffisamment d'indices pour conclure que A) est le père biologique de l'enfant mineure.

Le jugement du 27 mars 2019 dès lors à confirmer en ce qu'il a dit fondée la demande en recherche de paternité d'B) et dit que A) est le père de l'enfant mineure.

L'appel de A) n'est partant pas fondé.

- Demandes accessoires

- Dommages et intérêts pour procédure abusive et vexatoire

L'exercice d'une action en justice ne dégénère en faute, pouvant donner lieu à des dommages et intérêts, que s'il constitue un acte de malice ou de mauvaise foi ou au moins une erreur grossière équipollente au dol ou si le demandeur a agi avec une légèreté blâmable.

La preuve tant d'une mauvaise foi que d'une faute dans le chef de A) fait défaut en l'occurrence. Un abus de droit n'est pas non plus établi dans le chef de l'appelant.

B) est partant à débouter de sa demande en dommages et intérêts d'un montant de 5.000 euros sur base respectivement des articles 6-1 et 1382 du Code civil.

- L'indemnité de procédure

La demande de l'intimée en obtention d'une indemnité de procédure d'un montant de 2.500 euros est fondée pour le montant de 1.500 euros, étant donné qu'il serait inéquitable de laisser à sa charge les frais occasionnés pour se défendre contre un acte d'appel non fondé.

- Les frais et dépens

Le jugement du 27 mars 2017 a condamné A) aux dépens de l'instance.

Les dépens englobent partie des frais engendrés par le procès que le gagnant peut se faire payer par le perdant à moins que le tribunal n'en décide autrement.

Des frais en relation avec l'expertise ordonnée par le tribunal ne sont pas établis en ce que l'expertise n'a pas eu lieu, le montant de 270 euros invoqué par l'intimée du chef de provision payée aux Laboratoires Réunis ne constituant pas une dépense définitive.

L'appel incident d'B) tendant à voir condamner A) aux frais et dépens de la première instance, dont les frais des Laboratoires Réunis à hauteur de 270 euros n'est dès lors pas fondé.

Eu égard à l'issue de l'instance d'appel, A) est à condamner aux frais et dépens de cette instance.

Par ces motifs

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

reçoit l'appel principal et l'appel incident,

dit l'appel principal non fondé,

dit l'appel incident non fondé,

confirme les jugements déférés,

dit non fondée la demande d'B) en obtention de dommages et intérêts pour procédure abusive et vexatoire,

condamne A) à payer à B) une indemnité de procédure de 1.500 euros,

condamne A) aux frais et dépens de l'instance d'appel et ordonne la distraction au profit de Maître Marisa Roberto qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance.