A r r ê t c i v i l

Audience publique du mercredi, quatorze janvier deux mille neuf.

Numéro 33628 du rôle.

Composition :

Edmée CONZEMIUS, présidente de chambre ;
Marc KERSCHEN, premier conseiller ;
Camille HOFFMANN, premier conseiller ;
Patrick KELLER, greffier.

E n t r e :

A,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Patrick KURDYBAN de Luxembourg en date du 24 avril 2008,

comparant par Maître X, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

B,

intimé aux fins du prédit exploit KURDYBAN,

comparant par Maître Y, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

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

Statuant sur les demandes principale et reconventionnelle en divorce de A et de B, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a, par jugement contradictoire du 28 février 2008, dit les demandes recevables et fondées, a prononcé le divorce aux torts réciproques des parties, a ordonné la liquidation et le partage de la communauté de biens ayant existé entre parties, a ordonné la licitation de l'immeuble commun sis à Z et a dit non fondée les demandes de A en obtention d'une pension alimentaire à titre personnel et d'une indemnité de procédure.

A a relevé appel de ce jugement par exploit d'huissier du 24 avril 2008.

Elle demande à la Cour de déclarer la demande reconventionnelle en divorce de B irrecevable sinon non fondée, partant de prononcer le divorce aux torts exclusifs de B, de dire sa demande en obtention d'une pension alimentaire à titre personnel fondée et justifiée et de condamner B à lui payer une pension alimentaire à titre personnel de 2.500 €. Elle sollicite en outre l'allocation d'une indemnité de procédure de 620 €.

B demande acte qu'il introduit une demande reconventionnelle ampliative sur base de l'article 243 du code civil et reproche à son épouse d'avoir régulièrement fait preuve de crises d'hystérie lors desquelles elle l'agressait verbalement et sans rime ni raison ; qu'elle s'immisçait également dans les affaires personnelles de l'époux en semant la zizanie entre les 7 frères et sœurs arrivés à la succession du père de B décédé le ….. ; qu'en 2005, sans préjudice de la date exacte, alors que la famille passait des vacances au sud de la France, elle piqua une crise en présence de tierces personnes couvrant son époux de violences verbales et se réfugiait subitement dans sa chambre sans que l'époux lui ait donné la moindre raison pour s'emporter. Il demande à la Cour de dire que cette demande reconventionnelle ampliative est d'ores et déjà prouvée par les attestations versées en cause et de lui donner acte, à titre subsidiaire, qu'il offre de prouver principalement par toutes les voies de droit et notamment par témoins les faits libellés à l'appui de sa demande reconventionnelle en divorce. Il demande acte qu'il interjette appel incident contre le jugement de première instance et conclut à voir dire que le divorce prononcé l'est aux torts exclusifs de A. Il demande encore à la Cour de déclarer la demande en obtention d'une pension alimentaire irrecevable sinon mal fondée et de lui donner acte qu'il offre de prouver à toutes fins utiles et par témoins que A et C vivent dans le cadre d'un foyer commun à …..

B soutient à l'appui de son appel incident que la demande principale a été déclarée à tort fondée sur base de deux attestations testimoniales qui ne font que relater les propos de A, aucun témoin n'ayant pu constater un comportement fautif de l'époux.

A conclut à la confirmation du jugement entrepris en ce qu'il a déclaré la demande principale fondée et à l'irrecevabilité de la demande ampliative dès lors que les nouveaux faits lui reprochés ne sont pas postérieurs à l'assignation en divorce. Elle demande, en ordre subsidiaire, à la Cour de dire que, à supposer que ces faits qui sont formellement contestés soient considérés comme avérés, qu'ils n'étaient pas offensants pour B compte tenu des circonstances et plus particulièrement eu égard au comportement même de l'époux.

Les appels principal et incident sont recevables pour avoir été introduits dans les formes et délai de la loi.

Quant à la demande principale en divorce de A

C'est à bon droit que les juges de première instance ont retenu que A a établi par les déclarations des témoins E et F qui ont délivré des attestations écrites que B l'a abandonnée et enfermée dans la voiture en avril 2004 sur un parking à Remich pour ne revenir que deux heures plus tard et qu'il l'a de nouveau abandonnée en novembre 2005 à Gasperich dans la voiture en emportant avec lui les clefs du véhicule.

Il résulte encore de l'attestation testimoniale du témoin G du 3 avril 2008 que B avait porté un coup de poing au visage de A lors des vacances passées par les époux en janvier 2005 à Ténériffe.

Ces faits qui ne se trouvent pas énervés par les attestations testimoniales produites par B, les faits rapportés par les auteurs de ces attestations n'étant pas de nature à excuser le comportement de l'époux, constituent des injures graves et sont des violations répétées des devoirs et obligations du mariage rendant intolérable le maintien de la vie conjugale.

Le jugement entrepris est partant à confirmer en ce qu'il a déclaré la demande principale en divorce de A fondée.

Quant à la demande reconventionnelle en divorce de B

A soutient que les juges de première instance auraient dû déclarer le point b) de la demande reconventionnelle en divorce de B, à savoir qu'elle aurait entretenu et continue à entretenir une relation adultère avec un dénommé C irrecevable pour défaut de précision et de pertinence quant à la date du début de cette prétendue relation adultère, l'assignation en divorce datant du 24 août 2006. Elle reproche encore aux premiers juges de s'être à tort basés sur une lettre adressée par elle à ses enfants majeurs, lettre qui aurait dû être écartée des débats dès lors que d'une part une lettre confidentielle ne peut être produite qu'avec le consentement de l'expéditeur, consentement qui ferait défaut en l'espèce et que d'autre part les témoignages avec serment et sans serment directs et indirects des descendants sont prohibés ; qu'à défaut de preuve quant à une prétendue relation adultère de A, les juges de première instance auraient dû déclarer la demande reconventionnelle en

divorce non fondée ; que ce serait encore à tort que les premiers juges auraient jugé son départ du domicile conjugal fautif au motif qu'il n'aurait existé aucun élément de la cause permettant de retenir à charge de l'époux un manquement aux obligations du mariage alors qu'au contraire celui-ci aurait fait preuve d'un comportement violent à son égard et qu'il aurait au surplus donné son accord au départ de son épouse ; que d'ailleurs quelques jours avant son départ elle aurait appris d'une autre personne que son époux avait peur d'essuyer une action en recherche de paternité. Elle demande acte, à titre subsidiaire, qu'elle offre de prouver les violences physiques et/ou morales commises par B sur sa personne et ses relations adultères et/ou hautement injurieuses pour l'honneur conjugal par l'audition de témoins.

B fait plaider que les juges de première instance ont à bon droit déclaré la demande reconventionnelle en divorce recevable dès lors qu'il a reproché à son épouse d'avoir entretenu une relation adultère sinon injurieuse pour son honneur conjugal déjà antérieurement à l'assignation en divorce ; que la demande aurait également été déclarée à bon droit fondée tant en ce qui concerne l'adultère de A qu'en ce qui concerne le départ fautif du domicile conjugal.

A est malvenue de soutenir que les juges de première instance auraient dû déclarer la demande de B irrecevable pour défaut de précision et de pertinence quant à la date du début de la prétendue relation adultère dès lors que B avait précisé sa demande par des conclusions notifiées le 7 août 2007 en reprochant à son épouse d'avoir entretenu la relation adultère sinon hautement injurieuse déjà antérieurement à l'assignation introductive d'instance.

Les juges de première instance ont déclaré la demande reconventionnelle fondée en se basant notamment sur une lettre adressée par A à ses deux enfants communs majeurs V et W.

B n'a pas indiqué les circonstances dans lesquelles il a obtenu cette lettre; on peut cependant raisonnablement admettre que la lettre en question lui a été remise par les deux enfants ou par l'un d'eux, les enfants en question ayant été les seuls à avoir eu la possession de cette lettre pour leur avoir été adressée par leur mère.

La remise par un descendant d'une lettre d'un parent relative aux torts du divorce équivaut à un témoignage prohibé par l'article 405 du NCPC. (*Cass. 2e civ., 5 juill. 2001 : Dr. famille 2001, comm. n° 108, obs. H. Lécuyer ; Defrénois 2001, p. 1349, obs. J. Massip ; RJPF sept. 2001, p. 17, obs. P. Guerder ; Dr. famille 2002, comm. n° 22 ; obs. A. Goutte noire-Cornut ; RTD civ. 2001, p. 861, obs. J. Hauser*. - Voir également, *Cass. 2e civ., 23 janv. 2003 : Bull. civ. 2003, II, n° 11 ; D. 2003, inf. rap. p. 603 ; AJF 2003, 144, obs. S. D.*).

Il y a partant lieu d'écarter cette lettre des débats.

Il est constant en cause tel que A l'admet dans les conclusions notifiées le 13 août 2007 par son mandataire qu'elle a quitté le domicile conjugal en date du 5 décembre 2005 et que deux mois après elle a fait la connaissance de C.

Il résulte d'un certificat médical du docteur R du 24 avril 2008 qu'il avait conseillé aux deux époux de vivre séparément temporairement afin de leur permettre de gérer avec plus d'objectivité la situation conflictuelle conjugale de sorte que l'on peut admettre que le départ de A du domicile conjugal est intervenu d'un commun accord ce qui est corroboré par le fait que B n'a jamais adressé de sommation à son épouse de reprendre la vie commune.

Le départ de A du domicile conjugal ne constitue partant pas dans les circonstances données une injure grave au sens de l'article 229 du code civil.

Il est en revanche établi que A entretient depuis 2006 une relation pour le moins équivoque avec le dénommé C. En effet dans les prédites conclusions notifiées le 13 août 2007 elle reconnaît avoir fait la connaissance le 26 janvier 2006 de cet homme avec lequel elle s'est affichée ouvertement en public lors de fêtes de famille de ce dernier comme en témoignent deux photos parues l'une dans l'édition du mois de décembre 2006 du journal « Mousel-Zeitung » et l'autre au Luxemburger Wort du 2 juin 2007 et avec lequel elle habite depuis le 18 octobre 2007 à la même adresse à ….. dans une maison unifamiliale.

L'existence d'une séparation de fait entre les époux, séparation qui dans l'optique des parties ne devait être que temporaire et l'introduction consécutive d'une demande en divorce ne confèrent pas aux époux encore dans les liens du mariage une immunité privant de leurs effets normaux les offenses dont ils peuvent se rendre coupables l'un envers l'autre.

Les premiers juges ont partant à bon droit dit que la relation équivoque de A avec un autre homme revêt un caractère offensant pour l'honneur conjugal de B et qu'elle constitue une violation grave et renouvelée des devoirs et obligations du mariage rendant intolérable le maintien de la vie conjugale.

Le jugement entrepris est partant également à confirmer, quoi qu'en partie pour d'autres motifs, en ce qu'il a déclaré la demande reconventionnelle en divorce de B fondée.

Il est dans les conditions données inutile de procéder à l'examen de la demande ampliative de B.

Quant à la pension alimentaire à titre personnel

Les juges de première instance ont dit que A vit en communauté de vie avec C et ont en conséquence déclaré la demande de A en obtention d'une pension alimentaire à titre personnel non fondée.

Pour statuer ainsi le tribunal a dit que le foyer commun entre A et C est établi dès lors qu'il résulte d'un contrat de bail conclu entre A-C que l'appelante a pris en location un appartement à l'adresse où vit C comprenant 2 chambres, living, cuisine, salle de bain, garage et cave et que la cuisine, la véranda et le jardin sont d'usage commun entre les parties, que la communauté de vie est partant présumée dans le chef de A et que le paiement d'un loyer régulier ne saurait renverser à lui seul la présomption simple et établir l'absence d'une communauté de vie dans son chef, la dépense locative étant irrelevante en l'espèce étant donné que, même en cas de communauté de vie, C n'est pas obligé de loger gratuitement A.

L'appelante conteste vivre en communauté de vie avec C de même qu'elle conteste toute communauté d'intérêts matériels. Elle reproche aux juges de première instance d'avoir à tort tiré de la seule cohabitation l'existence d'un foyer commun sans cependant rechercher ni à fortiori caractériser l'existence d'une certaine durée et stabilité de l'union. A fait valoir à titre subsidiaire qu'il résulte des pièces versées en cause qu'il n'y a aucun budget commun, qu'elle dispose de son propre compte en banque, qu'elle ne paie que ses affaires et que chacun fait ses achats.

B demande acte qu'il offre de prouver à toutes fins utiles et principalement par témoins que A et C vivent dans le cadre d'un foyer commun à ….. . Il conclut à titre subsidiaire à voir débouter A de sa demande alors qu'elle n'est pas dans le besoin respectivement qu'elle a l'obligation de pourvoir par son propre travail à ses besoins.

Aux termes de l'article 300 (3), alinéa 2, du code civil sont présumées vivre en communauté de vie les personnes qui vivent dans le cadre d'un foyer commun.

Par l'adoption de ce texte, le législateur a entendu ériger la cohabitation en présomption simple de communauté de vie, le débiteur d'aliments devant prouver le foyer commun tandis qu'il appartiendra au créancier d'établir l'absence des autres éléments caractérisant la communauté de vie.

C'est à bon droit que les juges de première instance ont, sur base des certificats de résidence versés en cause et du contrat de bail conclu entre A et C, dit que le foyer commun entre elle et C se trouvait établi.

C'est encore à bon droit qu'ils ont dit que A n'avait pas renversé cette présomption par la preuve de l'absence d'une communauté de vie, le paiement d'un loyer par A à C étant à lui seul insuffisant pour établir l'absence d'une communauté de vie.

Le jugement entrepris est partant à confirmer en ce qu'il a déclaré non fondée la demande de A en obtention d'une pension alimentaire à titre personnel.

La demande en paiement d'une indemnité de procédure de A est à déclarer non fondée faute par l'appelante d'avoir établi en quoi il serait en l'espèce inéquitable de laisser les frais non compris dans les dépens à sa charge.

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 les appels principal et incident en la forme ;

les dit non fondés ;

partant confirme le jugement entrepris ;

dit non fondée la demande de A en obtention d'une indemnité de procédure ;

fait masse des dépens de l'instance d'appel et les impose pour moitié à chacune des parties avec distraction au profit de Maîtres X et Y, avocats concluants qui affirment en avoir fait l'avance.

La lecture du présent arrêt a été faite en la prédite audience publique par Edmée CONZEMIUS, présidente de chambre, en présence de Patrick KELLER, greffier.