A r r ê t c i v i l

Audience publique du mercredi, dix mars deux mille dix.

Numéro 35131 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, (…), né le (…) à (…), demeurant à (…),

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Jean-Claude STEFFEN d'Esch-sur-Alzette en date du 20 août 2009,

comparant par Maître Gaston VOGEL, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

B, (…), née le (…)à (…), demeurant à (…),

intimée aux fins du prédit exploit STEFFEN,

comparant par Maître Jean-Georges GREMLING, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

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

Statuant sur la demande en séparation de corps dirigée par B contre A ainsi que sur la demande reconventionnelle de celui-ci, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a, par jugement du 9 juillet 2009, déclaré recevables et fondées les demandes des parties en séparation de corps sur le fondement de l'article 151 du code civil italien ; prononcé la séparation de corps aux torts réciproques des parties ; condamné A à payer à B une pension alimentaire mensuelle de 250 € à titre de contribution aux frais d'entretien et d'éducation de l'enfant commune majeure C, née le (…); donné acte à B qu'elle renonce à ses demandes en obtention d'une pension alimentaire à titre personnel, en dommages et intérêts et en indemnité de procédure et encore donné acte aux parties qu'elles ont adopté le régime de la séparation des biens par acte notarié du 27 janvier 2009.

Pour statuer ainsi sur la demande principale, le tribunal s'est référé à l'attestation D suivant laquelle l'épouse avait été reléguée au rang de servante de son mari ; qu'elle n'avait pas son mot à dire ; que, par exemple, elle ne pouvait intervenir dans le choix de la destination des vacances du couple ; que le mari était désagréable avec son épouse lors des fêtes de famille ; qu'il la critiquait et l'empêchait d'exprimer son opinion. Quant à la demande reconventionnelle, le tribunal s'est appuyé sur l'aveu fait par B lors d'une comparution personnelle des parties de n'avoir eu que mépris et indifférence pour son époux, de n'avoir cessé de l'insulter et de le dénigrer, d'avoir refusé toutes sorties en couple et d'avoir délaissé le lit conjugal.

A a relevé appel de ce jugement par exploit d'huissier de justice du 20 août 2009 pour entendre, par réformation de la décision entreprise, déclarer non fondée la demande en séparation de corps de B.
L'appelant soutient que l'attestation rédigée par D serait à écarter en application de l'article 405 du NCPC au motif qu'elle vivrait en partenariat avec la fille commune des parties ; que l'interdiction de témoigner frappant les descendants des parties et leurs conjoints devrait être étendue par analogie aux concubins des descendants.
En ordre subsidiaire, l'attestation versée en cause ne permettrait pas de déceler une faute dans le chef de A.
Celui-ci demande encore la condamnation de l'intimée à lui payer une indemnité de procédure de 620 €.

B demande la confirmation du jugement entrepris.

Elle réitère en ordre subsidiaire son offre de preuve par voie d'enquête portant sur les faits suivants :

1) que A a traité tout au long du mariage son épouse avec le plus grand mépris : "*Tu es bête, tu ne comprends rien, tu n'as pas de goût*"; qu'il a dégradé systématiquement son épouse au rang de femme de charge en lui lançant : "*Tu n'as rien foutu, c'est moi qui ai travaillé 32 ans, c'est moi qui ai construit la maison, c'est moi qui suis le chef, ce n'est pas sur le tard que*

je commencerai à faire des travaux domestiques, c'est toi qui doit me servir"; qu'il a dénigré son physique : "*Tu es grosse, tu n'es plus belle, je ne peux pas me montrer avec toi à l'extérieur*";
2) que le 21 février 2008, sans préjudice à la date exacte, A a révoqué la procuration générale dont l'épouse disposait auprès du Crédit Mutuel où se trouvaient les économies du couple de l'ordre de 53.000 € sans préjudice au montant exact;
qu'il n'a plus remis depuis lors de l'argent à son épouse qui n'a plus rien pour vivre et doit recourir à l'aide de ses enfants;
que déjà antérieurement à la révocation de la procuration, il avait refusé catégoriquement de contribuer aux frais dentaires de son épouse qui a dû également recourir aux enfants. Qu'en guise de justification, il déclare péremptoirement : "*C'est mon argent*";
3) que A mène une vie de célibataire rentrant et sortant du domicile conjugal comme bon lui semble;
4) que A n'hésite pas non plus à faire le chantage au suicide; qu'il a tapé avec la tête contre le mur pour disparaître ensuite dans la nature en déclarant : "*Je vais au cimetière des éléphants*"; que la police a dû intervenir.

Elle demande acte qu'elle demande l'audition de D sur les griefs ci-dessus libellés.
Le point 2) de l'offre de preuve serait en outre prouvé par un courrier que l'agence du E d' (…) avait adressé à l'appelante le 21 février 2008 pour l'avertir de la révocation de la procuration le 21 janvier 2008.

Le jugement entrepris a été signifié à A par acte d'huissier de justice du 3 août 2009.

L'appel du 20 août 2009 est par conséquent recevable comme ayant été interjeté dans le délai légal.

Aux termes de l'article 405, alinéa 2, 2e phrase du NPCP « les descendants ne peuvent jamais être entendus sur les griefs invoqués par les époux à l'appui d'une demande en divorce ou en séparation de corps ».
Bien que les descendants vivant dans l'intimité des parents puissent être des informateurs privilégiés sur la vie de ceux-ci, la prohibition est justifiée par des raisons de décence et de protection des intérêts moraux de la famille. Dans le litige très personnel qui engage leurs parents, les enfants n'ont pas à porter un jugement sur ceux-ci, à prendre parti pour ou contre l'un d'eux. En outre, il est dans l'intérêt des enfants de ne pas être exposés à la pression que pourrait exercer sur eux l'un de leurs parents pour en faire un allié dans son litige contre le conjoint.

La jurisprudence a étendu cette incapacité de témoigner au conjoint d'un descendant.
L'époux d'un descendant est un membre de la famille dont il partage l'intimité, de sorte que les raisons de décence qui justifient la prohibition de témoignage des descendants s'appliquent identiquement à lui. En outre, on peut estimer que conjoint du descendant est enclin à partager les vues de celui-ci, de sorte que s'il était appelé à témoigner, il ferait figure de porte-

parole du descendant. Le but de l'article 405 du code civil qui tend à écarter les enfants les conflits conjugaux de leurs parents ne serait pas atteint.

Bien que l'incapacité de témoigner édictée par l'article 405, alinéa 2, du NCPC, constitue une exception au principe que chacun peut être entendu comme témoin, la capacité de témoigner étant la règle, il convient néanmoins d'assimiler le concubin d'un descendant à un conjoint au regard de l'article 405, alinéa 2, du NCPC, les raisons justifiant d'écarter l'époux de l'enfant comme témoin étant également valables pour le concubin (cf. cass. 2e, 10 mai 2001, Bull. civ. II, n° 94 ; Rev. trim. dr. civ. 2001, p. 861 ; Defrénois 2001, n° 37430 ; cass 2e ch. civ. 10 octobre 2002 n° 00-17.566 ; Cour d'Appel de Paris 9 avril 2008 n° 06/09620 ; en sens contraire : Cour d'appel 25 mars 1998, n° rôle 19851 ; cass. fr. 2e civ. 25 novembre 1992, Bull. civ. II, n° 276).

Les attestations délivrées par D, partenaire de vie de la fille des parties depuis 2005, doivent par conséquent être écartées du dossier de la séparation de corps.
Il en suit encore que D ne peut pas être auditionnée en qualité de témoin sur les faits offerts en preuve par l'intimée et l'offre de preuve libellée par l'intimée à l'appui de sa demande en séparation de corps est irrecevable.

Suivant l'assignation en séparation de corps du 25 mars 2008, B a fondé sa demande sur l'article 151 du code civil italien.
Cet article dispose que la séparation judiciaire est prononcée par le tribunal sur demande de l'un des conjoints, lorsque la poursuite de la vie commune est devenue intolérable, qu'elle qu'en soit la raison, ou lorsque se sont produit des faits qui peuvent être gravement préjudiciables aux enfants.
Comme aucune partie ne fait en l'espèce état de faits qui seraient gravement préjudiciables aux enfants, il appartient à la partie demanderesse d'établir l'existence de circonstances, qui par leur gravité, rendent objectivement pénalisante le maintien de la communauté de vie.

Il y a lieu de relever que les circonstances objectives visées à l'article 151 du code civil italien ne correspondent pas forcément aux excès, sévices et injures graves dont fait état l'article 229 du code civil luxembourgeois. Les circonstances qui rendent intolérable le maintien de la vie commune et justifient la séparation de corps sur cette base, ne sont pas nécessairement le résultat d'un comportement fautif de l'un ou de l'autre des époux. L'imputabilité de la séparation à l'un des conjoints ou aux deux est une question distincte qui ne doit pas nécessairement être tranchée pour parvenir à une séparation de corps en application de l'article 151 du code civil italien.
L'intimée fait état de la révocation de sa procuration sur un compte auprès du E le 21 février 2008.
Environ onze mois après la révocation de la procuration, les parties ont adopté le régime de la séparation de biens par acte notarié du 27 janvier 2009. Dans cet acte, les époux déclarent « *qu'ils ont partagé tous leurs biens meubles aux droits des parties et que chacun d'eux a placé la part lui revenant dans les avoirs liquides sur un compte spécial ouvert à son propre nom ; ils se consentent réciproquement décharge, reconnaissant qu'ils n'ont*

plus de prétentions à faire valoir l'un contre l'autre de ce chef». Il est constant en cause que le compte auprès du E a été attribué à l'intimé.
Le seul fait de révoquer une procuration sur un compte en banque ne rend pas intolérable le maintien de la vie commune, surtout lorsque, comme en l'espèce, la révocation de la procuration révèle de graves tensions existantes au sein du couple et annonce déjà le changement du régime matrimonial et la séparation des époux.
Pour démontrer que le maintien de la vie commune était intolérable suite à la révocation de la procuration, l'appelante devrait encore établir qu'elle ne disposait pas de revenus propres et que l'intimé ne contribuait plus aux charges du mariage. Cette preuve n'est pas rapportée.

L'intimée n'a pas établi le bien-fondé de sa demande au regard des conditions de la loi italienne sur la séparation de corps judiciaire.

Sa demande est par conséquent à déclarer non fondée.

La demande en paiement d'une indemnité formée par la partie appelante en application de l'article 240 du NCPC est à rejeter au motif qu'elle n'a pas établi en quoi il serait en l'espèce inéquitable de laisser les frais non compris dans les dépens à sa charge compte tenu de la situation financière modeste de la partie intimée.

P a r c e s m o t i f s :

la Cour d'appel, première chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement et sur le rapport du magistrat de la mise en état,

déclare l'appel recevable ;

le dit fondé ;

r é f o r m a n t :

dit que D est incapable de déposer en qualité de témoin dans l'instance en séparation de corps opposant les époux B et A ;

déclare irrecevable l'offre de preuve libellée par l'intimée ;

rejette des débats des attestations délivrées par D ;

déclare non fondée la demande en séparation de corps de B ;

dit non fondée la demande de l'appelant en obtention d'une indemnité de procédure et l'en déboute ;

condamne B aux frais et dépens de l'instance d'appel avec distraction au profit de Maître Gaston VOGEL, avocat concluant, qui la demande, affirmant 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.