- A r r ê t c i v i l -

Audience publique du mercredi, sept juillet deux mille dix

Numéro 34969 du rôle

Composition :

Edmée CONZEMIUS, présidente de chambre ;
Marc KERSCHEN, premier conseiller ;
Camille HOFFMANN, premier conseiller ;
Marie-Jeanne KAPPWEILER, avocat général;
Antoinette PASCUCCI, greffier.

E n t r e :

A, architecte, demeurant à (…),

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Georges NICKTS de Luxembourg en date du 10 juin 2009,

comparant par Maître Farida CHORFI, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

B, demeurant à (…),

intimée aux fins du prédit exploit NICKTS,

comparant par Maître Philippe ONIMUS, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

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

Par jugement rendu contradictoirement le 12 mars 2009, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a prononcé le divorce entre les époux B et A aux torts de la demanderesse B sur le fondement de l'article 232 du Code civil belge, a déclaré recevable la demande d'B pour voir déterminer le patrimoine de la société d'acquêts au sens de l'article 5 du contrat de mariage du 24 juillet 1997 et a nommé un expert en cause. Le même jugement s'est déclaré incompétent pour statuer sur la garde et le droit de visite de l'enfant mineur commun et a déclaré irrecevable la demande de la mère en obtention d'une pension alimentaire pour l'enfant et d'un secours personnel.

Ce jugement non signifié a été entrepris le 10 juin 2009 par A par un appel limité à la recevabilité de la demande en institution d'une expertise et à l'incompétence constatée pour statuer sur la garde et le droit d'hébergement de l'enfant commun. Il conclut au renvoi devant les premiers juges. L'intimée interjette appel incident en ce que le divorce a été prononcé à ses torts exclusifs et en ce qu'elle a été déboutée de tout secours personnel. Elle sollicite de même une extension de la mission d'expertise.

L'expertise

Selon note du 17 février 2010 les parties ont été priées de conclure sur la recevabilité de l'appel principal pour autant qu'il porte sur la société d'acquêts. Maître Onimus a conclu le 24 mars 2010, jour de l'audience, ce qui a amené le mandataire de A à demander le rejet des conclusions dans la mesure où elles concernent le fond du litige. Maître Chorfi n'a pas conclu sur la recevabilité. Dès lors qu'il y a eu rupture du délibéré avec réouverture de l'instruction à la suite de la prise en délibéré le 24 mars 2010 et donc possibilité de répliquer, les conclusions dont s'agit n'ont pas été notifiées en violation des droits de la défense. Il n'y pas lieu à rejet.

L'appelant fait plaider la recevabilité de son appel, le jugement entrepris ayant selon lui ayant statué définitivement sur le divorce et ayant ordonné une mesure d'instruction dans le cadre de la liquidation.
Aux termes des articles 355, 579 et 580 NCPC, seuls peuvent être frappés d'appel Immédiatement et indépendamment de la décision sur le fond les jugements qui, dans leur dispositif, tranchent une partie du principal et ordonnent une mesure d'instruction et les jugements qui, statuant sur une exception, une fin de non-recevoir ou tout autre incident, mettent fin au litige. Si, par contre, le juge s'est prononcé sur une exception de procédure, une fin de non recevoir ou quelque autre incident qui ne met pas fin au litige et s'il n'a pas, dans le dispositif, vidé au moins une partie du fond même du litige, l'appel ne pourra être interjeté indépendamment de l'appel contre le jugement sur le fond (Juriscl. proc. civ. Jugements avant dire droit, fasc. 531, n° 41). Le principal s'entend des prétentions respectives qui fixent l'objet du litige. Il en

suit qu'un jugement qui statue sur une partie du principal et ordonne pour le surplus une mesure d'instruction n'est pas nécessairement mixte ; il ne le sera que si les deux chefs de la décision sont liés à la même demande. Si tel n'est pas le cas, pour la recevabilité de l'appel**,** on doit estimer qu'il existe deux décisions l'une, qui tranche le principal et l'autre qui est purement avant dire droit *(Cass. 2e civ., 21 nov. 1979 : Bull. civ. 1979, II, n° 270 ; RTD civ. 1980, p. 417, obs. R. Perrot. – S. Guinchard et F. Ferrand, Procédure civile, Précis Dalloz, préc., n° 1376. – J. Héron et Th. Le Bars, Droit judiciaire privé, préc., n° 704, p. 559. – Cass. 1re civ., 21 juill. 1987 : Gaz. Pal. 1988, somm. p. 34 ; Bull. civ. 1988, I, n° 233)*. Comme en l'occurrence l'appel porte tant sur l'expertise, au sujet de laquelle aucune décision n'a été prise au fond, que sur le fond même du divorce et encore sur la garde et le droit d'hébergement, et que les diverses décisions ne sont pas liées, l'appel est à déclarer irrecevable pour ce qui est de la partie relative à l'expertise, mais recevable pour autant qu'il vise les autres chefs de l'appel. .

L'appel incident est recevable. Dans un intérêt de logique juridique la Cour d'appel l'examine avant l'appel principal.

Le divorce au fond

Le divorce a été prononcé sur le fondement de l'article 232 du Code civil belge pour séparation de fait de plus de deux ans. Pour prononcer le divorce aux torts de l'épouse, les premiers juges ont pris appui sur l'article 306 du Code civil belge aux termes duquel le divorce est prononcé aux torts de l'époux demandeur sauf si celui-ci rapporte la preuve que la séparation est due à la faute et négligence de l'autre époux, et pour retenir après examen des griefs invoqués qu'B aurait quitté le domicile conjugal pour s'établir avec un autre homme.
Selon l'appelante par reconvention, elle aurait quitté le domicile conjugal à la suite de la désunion du mariage due à la faute de l'époux qui aurait eu depuis mars 2002 une relation adultère et se serait mis en ménage commun avec son amie. Elle aurait quitté le domicile conjugal sur base d'un arrangement entre parties pour permettre à son époux de garder son adresse professionnelle dans le domicile conjugal. L'appelant vivrait toujours dans le domicile avec son amie, ils travailleraient ensemble et auraient deux enfants nés le 19 octobre 2004 et 4 août 2006. B réitère ses offres de preuve formulées en première instance pour démontrer que l'appelant est à l'origine de la séparation.

Adit n'avoir jamais quitté le domicile conjugal. Ce dernier aurait été abandonné par l'épouse déjà au mois de février 2001, mais elle n'aurait fait acter son changement de domicile à la commune qu'en mars 2002. Il conteste tous les reproches formulés à son encontre et impute l'échec du mariage à l'épouse. Il formule à titre subsidiaire une offre de preuve.

Le droit du divorce a été modifié en Belgique par une loi du 27 avril 2007, loi qui est entrée en vigueur le 1er septembre 2007.

En règle, conformément à l'article 2 du code civil, une loi nouvelle s'applique immédiatement, non seulement aux situations qui naissent à partir de son entrée en vigueur, mais aussi aux effets futurs des situations nées sous le régime de la loi antérieure qui se produisent ou se prolongent sous l'empire de la loi nouvelle, pour autant que cette application ne porte pas atteinte à des droits irrévocablement fixés.

En vertu de cette règle, une loi qui abroge une cause de divorce est, en l'absence d'une disposition dérogatoire expresse, applicable dès son entrée en vigueur, à toute demande en divorce pendante devant les cours et tribunaux.

La loi du 27 avril 2007 réformant le divorce, qui abroge les causes de divorce prévues aux articles 229, 231 et 232 du code civil belge, dispose en son article 42, § 2, alinéa 1er, que ces anciens articles restent applicables aux procédures en divorce ou en séparation de corps introduites avant l'entrée en vigueur de cette loi pour lesquelles un jugement définitif n'a pas été prononcé.

L'assignation ayant été introduite le 15 juillet 2005, le présent litige est à toiser selon les anciens articles 232, 301 et 306 du code civil belge.
Bavait demandé le divorce sur le fondement de l'article 232 du code civil belge pour séparation depuis le mois de mars 2002 lorsqu'elle s'est établie à (…) tandis que A continuait à vivre au domicile conjugal. Le tribunal a à raison fait droit à la demande. Aux termes de l'article 306 ancien du code civil belge, le divorce est prononcé aux torts de l'époux demandeur sauf s'il rapporte la preuve que la séparation est due à la faute ou négligence de l'autre conjoint. Selon l'épouse la séparation serait due au fait du mari qui aurait commencé à négliger sa famille moins d'un an après le mariage, aurait commencé une relation adultère avec X depuis novembre 1998 et aurait entretenu des relations intimes avec Y en septembre et octobre 2002. B entend établir ces faits par enquête libellée comme suit :

1. le sieur A entretient des relations adultérines avec Mademoiselle X depuis au moins le mois de novembre 1998.

2. le sieur A a entretenu des relations intimes avec Mademoiselle Y, soeur de X en septembre et octobre 2002, sans préjudice quant aux mois exacts,

3. L'été 1999, Madame B a dû partir seule avec son fils en vacances, car « son mari avait trop de travail)} !

4. Le 07 janvier 2000, le père n'a pas assisté à la fête du premier anniversaire de son fils, pourtant organisé par et chez ses beaux parents en Belgique,

5. Lors des fêtes de NOEL 1999, le père n'a pas assisté au réveillon organisé par ses parents et beaux parents; à laquelle assistait sa femme et son fils, qu'elle entend à cette fin voire convoquer comme témoins:

1- Mademoiselle X, ayant son domicile (...),

2- Mademoiselle Y, résident (...),

3- Madame Z (mère de M), résident (...).

Il résulte de l'article III d'une convention de divorce par consentement mutuel non datée, mais signée entre parties selon conclusions de Maître Onimus le 20 février 2002, qu'étant donné qu'B « va emménager avec un tiers à partir de fin février 2002, aucune pension alimentaire ne sera versée tant qu'elle vivra avec un autre homme » Il se dégage néanmoins des courriers de son mandataire, versés en cause, que les discussions au sujet d'un divorce étaient entamés bien antérieurement et que B avait envisagé de quitter le domicile conjugal dès le 20 juillet 2001. Une première convention de divorce par consentement mutuel aurait même été préparée fin 2000.

Par contre les attestations testimoniales produites en cause et non contredites ne permettent pas de mettre à charge de l'époux une relation adultère avant le départ de l'épouse du domicile conjugal. Ainsi X, l'amie de A, conteste toute relation intime avec l'époux tant qu'il vivait en ménage avec son épouse. Elle certifie qu'B a vécu dès l'année 2001 avec G à (…) et qu'elle même a commencé une relation intime avec la partie A en 2003. Y conteste toute relation intime ave la partie A. Ces déclarations sont corroborées par celles de la mère des deux témoins. La partie B est au demeurant malvenue à critiquer ces dépositions comme étant partiales et intéressées, les attestations provenant des personnes qu'elle avait proposées elle-même pour témoins.

Dans les conditions données la Cour d'appel confirme le jugement entrepris en ce qu'il a prononcé le divorce aux torts de B.

La garde de l'enfant commun

Les premiers juges ont retenu leur incompétence sur le fondement de l'article 12.2 du règlement CE 2201/2003 du conseil du 27 novembre 2003 au motif qu'Bavait demandé le renvoi devant les juridictions belges et qu'elle avait déménagé avec l'enfant en Belgique après la demande en divorce. Selon l'appelant, cette décision serait erronée dès lors que la mère avait demandé dans son assignation la garde de l'enfant et qu'elle n'avait soulevé l'incompétence qu'en cours d'instance lorsqu'elle était forclose à le faire. Les juges auraient également violé l'article 8 du règlement cité. Il serait au demeurant dans l'intérêt supérieur de l'enfant de voir statuer le plus rapidement sur sa garde.

Selon l'intimée T vivrait depuis des années en Belgique avec sa mère où il suivrait une scolarité normale. Les juges de première instance auraient d'office soulevé la question de la compétence au regard de l'article 9 du règlement qui laisse seulement, en cas de déménagement, au juge du divorce une compétence limitée à trois mois à partir du déménagement.

Il est vrai que dans son assignation en divorce du 15 juillet 2005, B avait conclu à l'attribution de la garde. A la suite de son déménagement en Belgique en cours d'instance, elle a soulevé l'incompétence des tribunaux luxembourgeois.

Le règlement CE 2201/2003, entré en vigueur le 1er mars 2005, pose en son article 8 le principe que les juridictions d'un Etat membre sont compétentes en matière de responsabilité parentale à l'égard d'un enfant qui réside habituellement dans cet Etat membre au moment où la juridiction est saisie. En cas de déménagement, les juridictions de l'ancienne résidence restent compétentes durant une période de trois mois suivant le déménagement pour modifier une décision concernant le droit de visite rendue dans cet Etat. Cette disposition tirée de l'article 9 ne s'applique pas en l'occurrence, les juridictions étant appelées à statuer sur la garde et aucun droit de visite définitif et au fond n'ayant été prononcé. Le principe de compétence des juridictions luxembourgeoises est encore retenu par l'article 12 stipulant que les juridictions de l'Etat membre où la compétence est exercée en vertu de l'article 3 pour statuer sur une demande en divorce des époux sont compétentes pour toute question relative à la responsabilité parentale liée à cette demande lorsqu'au moins l'un des époux exerce la responsabilité parentale à l'égard de l'enfant et que la compétence de ces juridictions a été acceptée expressément ou de toute autre manière non équivoque par les époux et par les titulaires de la responsabilité parentale, à la date où la juridiction est saisie, et qu'elle est dans l'intérêt supérieur de l'enfant.

En l'espèce, la compétence des juridictions luxembourgeoises a été acceptée expressément par la mère dans son assignation et par le père par ses conclusions. Dès lors qu'il est dans l'intérêt supérieur de l'enfant qu'une décision sur sa garde intervienne rapidement, la Cour d'appel par réformation des premiers juges, reconnaît la compétence des juridictions luxembourgeoises.

Afin de n'être pas privé du double degré de juridiction, A conclut au renvoi en première instance. B ne prend pas position.

Comme aucune des parties n'a conclu au fond sur la garde et le droit de visite et que la question de la pension alimentaire de l'enfant n'a pas été débattue, la Cour d'appel renvoie l'affaire en première instance pour y voir statuer avec le résultat de l'expertise toujours pendante.

Le secours personnel

B réclame la somme mensuelle de 1.000 €. A s'y oppose en se basant sur l'article 306 du Code civil belge.

Dès lors que le divorce a été prononcé à ses torts B ne saurait prétendre à un secours personnel. La décision entreprise est encore à confirmer sur ce point.

Comme aucune des parties n'obtiendra gain de cause dans son recours, leurs demandes en octroi d'une indemnité de procédure sont à rejeter.

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, le représentant du ministère public entendu

déclare l'appel principal irrecevable dans la mesure où il a entrepris la mesure d'instruction,

le reçoit pour le surplus,

reçoit l'appel incident,

confirme la décision entreprise en ce qu'elle a prononcé le divorce aux torts de B,

le confirme encore en ce qu'elle a été déboutée de tout droit à pension alimentaire,

dit que les juridictions luxembourgeoises sont compétentes pour connaître de la garde sur l'enfant commun,

rejette les demandes en octroi d'une indemnité de procédure,

renvoie l'affaire en prosécution de cause devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg,

fait masse des dépens et les impose pour moitié à chacune des parties litigantes.

La lecture du présent arrêt a été faite en la prédite audience publique par Edmée CONZEMIUS, présidente de chambre, en présence d'Antoinette PASCUCCI, greffier.