A r r ê t c i v i l

Audience publique du mercredi, vingt-cinq janvier deux mille douze

Numéro 37593 du rôle

Composition :

Edmée CONZEMIUS, président,
Marc KERSCHEN, premier conseiller,
Camille HOFFMANN, premier conseiller,
Antoinette PASCUCCI, greffier.

E n t r e :

A,

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Carlos CALVO de Luxembourg en date du 15/07/2011,

comparant par Maître Arzu AKTAS, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

B,

intimée aux fins du prédit exploit CALVO,

comparant par Maître Annick WURTH, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

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

Statuant sur la demande principale en divorce dirigée par B contre A, sur la demande reconventionnelle en divorce de celui-ci et sur les mesures accessoires, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a, par jugement du 30 juin 2011, déclaré les demandes en divorce fondées et prononcé le divorce entre parties à leurs torts réciproques ; dit qu'il sera procédé à la liquidation et au partage de la communauté de biens ayant existé entre parties et ordonné tous devoirs à ces fins ; confié la garde de l'enfant mineure commune C, à B et accordé à A un droit de visite et d'hébergement à exercer chaque deuxième dimanche de 14 heures à 18 heures, à la condition expresse et formelle de respecter la volonté de l'enfant ; déclaré non fondée la demande en dommages et intérêts formée par B sur base des articles 301, 1382 et 1383 du code civil et sursis à statuer sur la demande alimentaire de B.

Pour statuer ainsi quant à la demande principale en divorce, le tribunal a retenu à charge de A « son comportement tyrannique et humiliant à l'égard de sa famille ainsi que son espionnage ou fort contrôle de son épouse et ses activités de loisirs pratiquées seul »
Pour dire fondée la demande reconventionnelle, le tribunal a retenu que lors de la comparution personnelle des parties, B a librement fait l'aveu d'avoir entretenu une relation extraconjugale en 2008.

Pour limiter les relations personnelles de A avec la fille mineure des parties, C, à un droit de visite à exercer un dimanche sur l'autre de 14 :00 à 18 :00 heures, à condition que la mineure y consente, le tribunal a fait état que C a actuellement 17 ans et qu'elle ne saurait plus être forcée de visiter son père contre son gré.

A a relevé appel de ce jugement par exploit d'huissier de justice du 15 juillet 2011 pour entendre dire non fondée la demande principale en divorce et prononcer le divorce aux torts exclusifs de l'intimée.

Il demande une nouvelle convocation des témoins entendus en première instance lors de l'enquête principale afin de pourvoir les interroger sur leurs dépositions. Il demande encore l'audition de trois témoins qu'il n'a pu faire entendre en première instance dans le cadre de la contre-enquête principale.

Quant à la demande reconventionnelle en divorce, il formule une offre de preuve par témoins pour établir que l'épouse avait encore entretenu d'autres relations extraconjugales que celle avouée lors de la comparution personnelle des parties.

Quant aux mesures accessoires, il demande que la garde de l'enfant C lui soit confiée. Subsidiairement, il demande à se voir accorder un droit de visite et d'hébergement usuel à assortir d'une astreinte de 600 € par infraction constatée.

L'appelant demande une indemnité de procédure de 2.500 € pour la première instance et de 3.000 € pour l'instance d'appel.

Il demande à la Cour de dire qu'il n'est plus tenu de contribuer aux frais d'entretien et d'éducation des enfants C et D depuis qu'il a été démissionné le 4 janvier 2011de son emploi auprès de la BCEE.

L'intimée soulève l'irrecevabilité de l'appel en ce qu'il entreprend la disposition du jugement relative à la demande reconventionnelle en divorce au motif que l'appelant n'a aucun intérêt à entreprendre le jugement dans la mesure où il a fait droit à sa demande.

Quant à la demande tendant à être admis à une enquête pour combattre la demande principale, l'intimée s'y oppose en faisant valoir que le tribunal n'a pu procéder à la contre-enquête parce que la partie A, qui avait changé trois fois d'avocat, avait omis de déposer la liste des témoins à convoquer.
L'intimée demande pour le surplus la confirmation du jugement entrepris.
Elle demande une indemnité de procédure de 2.500 €.

L'appel est recevable comme ayant été interjeté dans les formes et délai de la loi.

A l'audience de mise en état du 14 décembre 2011, Maître Annick Wurth a demandé le rejet des débats de conclusions du 12 décembre 2011 par Maître Arzu Aktas au motif que leur notification tardive est contraire au principe du contradictoire.

Suivant l'article 224 du NCPC, les parties peuvent déposer des conclusions et produire des pièces tant que la clôture de l'instruction n'est pas ordonnée. Ce droit est cependant limité par le principe du contradictoire et du déroulement loyal de la procédure.
L'article 64 NCPC exige en effet que « les parties doivent se faire connaître mutuellement en temps utile les moyens de fait sur lesquels elles fondent leurs prétentions, les éléments de preuve qu'elles produisent et les moyens de droit qu'elles invoquent, afin que chacune soit à même d'organiser sa défense ». Or en notifiant ses conclusions par télécopie le 12 décembre 2011, alors que l'affaire avait été fixée au 14 décembre 2011 pour clôture et renvoi à l'audience de plaidoiries, l'appelant a délibérément mis la partie adverse dans l'impossibilité de prendre de répliquer à ses conclusions. Il y a en outre lieu de relever que suivant échéancier délivré le 23 septembre 2011, l'appelant devait conclure jusqu'au 28 octobre 2011 au plus tard, ce qu'il a omis de faire ; que l'affaire avait ensuite été fixée pour clôture et plaidoiries suivant bulletin du 8 novembre 2011 ; que l'avis remis aux parties comportait la mention suivante : « *Il est loisible aux parties de conclure jusqu'à la date de la clôture sous réserve du respect du principe du contradictoire. Partant, les conclusions notifiées tardivement devront être écartées des débats* ». Il faut donc constater que l'appelant disposait du temps suffisant pour conclure en temps utile et qu'il était

informé du sort qui serait éventuellement réservé aux conclusions notifiées tardivement. Dans ces circonstances, la notification des conclusions litigieuses le 12 décembre 2011 est tardive et porte atteinte aux droits de défense de la partie intimée.
Ces conclusions doivent par conséquent être rejetées des débats.

L'intimée soulève à bon droit l'irrecevabilité de l'appel relevé par A dans la mesure où le tribunal a fait droit à sa demande reconventionnelle en divorce.

Aussi doit être déclarée irrecevable, comme étant superflue, l'offre de preuve par témoins libellée par l'appelant pour établir les nombreuses relations extraconjugales que l'intimée avait encore eues en-dehors de celle avec le nommé P.R. qu'elle avait avoué lors de la comparution personnelle des parties ordonnée en première instance. Comme l'appelant se borne à demander le divorce et ne réclame pas de dommages et intérêts pour le préjudice moral que l'infidélité répétée de l'épouse avait éventuellement pu lui causer, une mesure d'instruction supplémentaire pour mettre davantage à jour la vie intime de l'intimée est dépourvue de tout intérêt légitime.

Pour s'opposer à la demande en divorce introduite par B, l'appelant demande à pouvoir interroger les témoins entendus lors de l'enquête principale et à auditionner de nouveaux témoins lors d'une contre-enquête.

Il y a lieu de constater que le demandeur en divorce et appelant actuel, A, comparaissait originairement par Maître Jean-Paul Noesen, ensuite par Maître Gaston Vogel, ensuite par Maître Alain Gross, ensuite par Maître Anne Bauler et, depuis le 21 mai 2010, par Maître Arzu Aktas ;
que lors de l'enquête principale le 8 décembre 2009, Maître Alain Gross était encore constitué avocat en l'absence de constitution d'un nouveau mandataire ; que bien que dûment convoqués ni Maître Gross ni A ne s'étaient présentés pour assister à l'enquête; que même si son avocat avait déjà déposé son mandat à la date de l'enquête, aucune disposition légale n'aurait empêché A d'assister personnellement à l'enquête et de faire poser aux témoins, par l'intermédiaire du juge commissaire, les questions qu'il aurait jugé pertinentes.
Comme il lui était loisible de participer à l'enquête principale du 8 décembre 2009, sa demande tendant à convoquer derechef les témoins pour lui permettre de les interroger de son côté est irrecevable.

L'appelant demande ensuite l'audition de trois nouveaux témoins pour combattre les dires des témoins entendus lors de l'enquête principale.
En première instance, le juge de la mise en état avait, par ordonnance du 8 octobre 2009, admis B à prouver les griefs à l'appui de sa demande en divorce par témoins et fixé la date tant de l'enquête principale au 8 décembre 2009 et celle de la contre-enquête principale au 12 janvier 2010 en donnant injonction à la partie A de déposer la liste des témoins pour la contre-enquête jusqu'au 15 décembre 2009.
La contre-enquête principale a ensuite été reportée au 24 mars 2010. A cette date, A s'est présenté et a déclaré que son avocat, Maître Anne

Bauler, avait déposé son mandat. Sur quoi le juge-commissaire a clôturé le procès-verbal d'enquête.
Il ne se dégage pas de la procédure, dans la mesure où celle-ci est versée, que A eût communiqué la liste des témoins à entendre en temps utile et que des témoins se fussent présentés le 24 mars 2010 pour être entendus. Si tel avait le cas, le juge-commissaire aurait pu procéder à l'audition des témoins nonobstant le dépôt du mandat de l'avocat constitué.

Maître Arzu Aktas se constitue avocat pour A le 21 mai 2010.
Par conclusions notifiées le 20 septembre 2010, elle réitère la demande afin de voir ordonner une contre-enquête principale.
Le tribunal refuse de faire droit à cette demande au motif que « *A a plusieurs fois changé d'avocat en cours de procédure, notamment à ladite période* ».

Cette motivation est insuffisante parce que A était à nouveau représenté par un avocat depuis le 21 mai 2010 ; elle est inexacte en ce qu'elle exige la représentation obligatoire des parties lors de l'enquête. Or, celles-ci peuvent assister personnellement à l'enquête sans être représentées, l'assistance aux enquêtes s'étant pas un acte de postulation.

Comme l'appelant n'a pas pu procéder à une contre-enquête en première instance, bien que celle-ci soit de droit, et afin de préserver ses droits de défense, il y a lieu, avant tout autre progrès quant au fond de l'affaire, admettre l'appelant à faire convoquer en qualité de témoins les personnes indiquées au dispositif du présent arrêt.

Quant aux mesures accessoires, le jugement entrepris est à confirmer en ce qu'il a confié la garde de l'enfant commune mineure C, à sa mère.
Il y a lieu de constater que C est actuellement âgée de dix-sept ans, qu'elle sera majeure le 14 août 2012 ; qu'elle a toujours vécu dans le foyer de sa mère et qu'il ressort des éléments de la cause que le droit de visite dont dispose A n'est guère plus exécuté en raison du manque d'intérêt de la fille.

Il en suit que la demande de l'appelant en condamnation de l'intimée de lui payer une pension alimentaire à titre de contribution aux frais d'entretien et d'éducation de C est irrecevable.

La Cour constate que le volet relatif au droit de visite revendiqué par l'appelant n'est pas convenablement instruit compte tenu de l'ordonnance de référé n° 130727 du 30 juillet 2010 qui avait suspendu le droit de visite au motif que C aurait besoin d'une assistance thérapeutique en raison de la situation conflictuelle entre ses parents.
Ou bien il existe des motifs graves empêchant l'exécution du droit de visite et dans ce cas celui-ci sera suspendu, voire supprimé, ou bien ces motifs graves n'existent pas et l'appelant devra bénéficier d'un droit de visite à aménager en fonction des intérêts des personnes

concernées. Le droit de visite accordé est censé être exécuté et ne saurait être abandonné au bon vouloir de l'adolescente.
La Cour invite les parties de conclure sur le droit de visite compte tenu de ces observations.

PAR CES MOTIFS

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

déclare l'appel recevable en la forme ;

écarte des débats les conclusions notifiées le 12 décembre 2011 par Maître Arzu Aktas ;

déclare irrecevables :
- l'offre de preuve par témoins libellée par l'appelant pour établir les nombreuses relations extraconjugales que l'intimée avait encore eues en-dehors de celle avec le nommé P.R. et
- la demande de l'appelant tendant à convoquer de nouveau les témoins de l'enquête principale pour lui permettre de les interroger de son côté ;

confirme le jugement entrepris en ce qu'il a prononcé le divorce aux torts de B et confié à celle-ci la garde de l'enfant commune mineure C ;

invite les parties à conclure sur le droit de visite et d'hébergement demandé par l'appelant compte tenu des éléments d'appréciation invoqués dans l'ordonnance de référé n° 130727 du 30 juillet 2010 ;

avant tout autre progrès en cause quant au fond de la demande en divorce de B :

admet l'appelant à faire auditionner en qualité de témoins :
Monsieur E,
Monsieur F,
Madame G.

fixe l'enquête au mardi 14 février 2012 à 14 :30 heures à la salle des enquêtes 0.12 CR, rez-de-chaussée, au bâtiment de la Cour Supérieure de Justice ;

charge Monsieur le premier conseiller Camille Hoffmann de l'exécution de la mesure d'instruction ordonnée;

dit que l'instruction de l'affaire sera poursuivie sous la surveillance du susdit magistrat de la mise en état ;

dit qu'en cas d'empêchement du magistrat désigné, il sera procédé à son remplacement par simple ordonnance de Madame le Président de Chambre ;

sursoit à statuer sur le droit de visite demandé par l'appelant et les demandes basées sur l'article 240 du NCPC;

réserve les frais.

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.