A r r ê t c i v i l

Audience publique du mercredi, vingt-huit mars deux mille douze

Numéro 37809 du rôle

Composition :

Edmée CONZEMIUS, président,
Marc KERSCHEN, premier conseiller,
Camille HOFFMANN, premier conseiller,
Martine SOLOVIEFF, premier avocat général,
Antoinette PASCUCCI, 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 23/08/2011,

comparant par Maître Lex THIELEN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

B,

intimé aux fins du prédit exploit KURDYBAN,

comparant par Maître Henri FRANK, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

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

Statuant sur la demande en divorce dirigée par A contre B, 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 bien fondées sur base de l'article 229 du code civil et prononcé le divorce aux torts réciproques des parties;

- confié à A la garde des deux enfants communs mineurs, C et D;

- dit que l'autorité parentale sur les susdits enfants sera exercée conjointement par leurs parents;

- accordé à B un droit de visite et d'hébergement à exercer comme suit:
pour l'enfant C:
en période scolaire: un week-end sur l'autre du vendredi 18 heures au dimanche 18 heures,
chaque samedi matin de 08:30 heures à 14:00 heures et
chaque mercredi de 12:00 heures à 14:00 heures, à charge pour lui d'aller chercher l'enfant à l'école à midi et de l'y reconduire à 14:00 heures;
pendant la moitié des vacances scolaires selon les modalités à convenir entre parties;
pour l'enfant D:
en période scolaire: un dimanche sur l'autre de 10:00 heures à 18:00 heures, de façon à faire correspondre ce droit de visite avec le droit de visite en fin de semaine de l'enfant C;
pendant la moitié des vacances scolaires selon les modalités à convenir entre parties;

- condamné B à payer à A une contribution mensuelle indexée de 200 € aux frais d'entretien et d'éducation des enfants à raison de 100 € par enfant;

- dit non fondée la demande de A en obtention d'un secours alimentaire personnel;
rejeté sa demande basée sur l'article 300 in fine du code civil;

- dit non fondées les demandes indemnitaires de l'épouse formées sur base des articles 301, 1382 et 1383 du code civil et rejeté sa demande en obtention d'une indemnité de procédure.

A a relevé appel de ce jugement par exploit d'huissier de justice du 23 août 2011 pour entendre, par réformation du jugement entrepris:

- déclarer non fondée la demande reconventionnelle en divorce de l'intimé et prononcer le divorce à ses torts exclusifs;

- condamner l'intimé à lui payer une contribution mensuelle aux frais d'entretien et d'éducation des enfants de 900 € à raison de 450 € par enfant ainsi qu'une pension alimentaire à titre personnel de 600 € par mois;

- condamner l'intimé à lui payer des dommages et intérêts évalués à 5.000 €, principalement en application de l'article 301 du code civil et subsidiairement sur le fondement des articles 1382 et 1383 du même code;

- aménager le droit de visite et d'hébergement de l'intimé comme suit:
en période scolaire: l'intimé exercera son droit de visite et d'hébergement pour les deux enfants un week-end sur l'autre du vendredi 18:00 heures au dimanche 18:00 heures et chaque mercredi de 12:00 heures à 14:00 heures à charge pour lui d'aller chercher les enfants à l'école à 12:00 heures et de les y reconduire à 14:00 heures;
pendant les vacances scolaires : l'intimé exercera son droit de visite et d'hébergement pendant la seconde moitié des vacances scolaires les années paires et pendant la première moitié de chaque vacance les années impaires.

L'intimé demande la confirmation du jugement entrepris.

Le jugement de divorce du 30 juin 2011 a été signifié par B à A par acte d'huissier de justice du 15 juillet.
Il en suit que l'appel relevé par cette dernière suivant exploit du 23 août 2011 est recevable comme ayant été interjeté dans le délai légal.

Le tribunal a déclaré bien fondée la demande principale en divorce de A, introduite par assignation du 16 octobre 2008 en retenant à titre de griefs le comportement méchant et rabaissant du mari envers son épouse ainsi que ses rentrées tardives au domicile conjugal pendant la nuit.
Il y a encore de retenir que suivant l'attestation du 6 avril 2009 de E, B, pris de boissons, avait au mois d'avril 2006, affiché un comportement mal élevé dans un restaurant où il dînait avec son épouse et le témon ; qu'il faisait des propositions indécentes à des femmes inconnues ; qu'il provoquait une bagarre avec le personnel du restaurant et quittait finalement les lieux à bord de sa voiture.
Suivant procès-verbal n° 10767 dressé le 7 juin 2006 par la police, centre d'intervention de Luxembourg, une mesure d'éloignement du domicile conjugal a été prise à l'encontre de B pour avoir, dans un état alcoolisé, exercé des violences physiques sur son épouse.

B a formé une demande reconventionnelle en divorce par conclusions notifiées le 12 février 2010 en soutenant que l'épouse entretiendrait une relation avec un autre homme.
A l'appui de ce grief il invoque une attestation rédigée le 26 octobre 2009 par Marques Filipe qui déclare avoir vu, le 23 octobre 2009, l'épouse accompagné d'un homme conduisant une voiture BMW portant la plaque minéralogique belge XXX, et que l'épouse et cet homme se tenaient la main et s'embrassaient devant la maison.
En instance d'appel l'intimé verse une nouvelle attestation rédigée le 23 septembre 2011 par G suivant laquelle il avait observé qu'avant les vacances scolaires d'été, commençant le 15 juillet, l'ami de l'appelante, conduisant une voiture immatriculée en Belgique sous le n° YYY, passait quasiment toutes les soirées auprès de l'appelante.

Celle-ci conteste le caractère outrageant de cette relation.
Aux termes de son acte d'appel, elle soutient que cette relation aurait un caractère purement amical et que même si elle était à qualifier d'équivoque, elle serait dépourvue de tout caractère outrageant au vu des fautes d'ores et déjà prouvées à l'encontre de l'intimé.

En première instance, elle avait déjà contesté le caractère injurieux de la relation invoquée à l'appui de la demande reconventionnelle en divorce en raison du comportement fautif de l'intimé qui avait provoqué la rupture définitive du mariage dès 2008, donc avant le début de la relation en cause.

Le tribunal a retenu à bon droit, au vu des attestations produites par l'intimé, que la relation entretenue par l'appelante depuis 2009 doit être qualifiée pour le moins d'équivoque, assimilable à une liaison adultère.

Les relations extraconjugales de l'époux ne constituent plus une cause péremptoire de divorce et le caractère injurieux de ces relations ne résulte plus exclusivement du manquement intrinsèque aux devoirs nés du mariage, mais doit être apprécié en tenant compte de toutes les circonstances propres à la cause, notamment de leur caractère outrageant à l'égard du conjoint.

Les relations adultères sont cependant présumées gravement injurieuses pour le conjoint, de sorte qu'il appartient à l'époux adultère de prouver que compte tenu des circonstances de l'espèce, les relations ne pouvaient plus être ressenties comme offensantes par son conjoint. Tel peut être le cas si le conjoint qui invoque les relations extraconjugales de son époux comme cause de divorce, avait lui-même favorisé ou provoqué lesdites relations ou encore s'il avait déjà par ses propres fautes causé la séparation des parties et l'échec irrémédiable du mariage lorsque l'autre époux a commencé la liaison adultère qui lui est reprochée.

La Cour constate que la relation de A dont B fait état et qui est établie par les attestations mentionnées ci-dessus, se situe après l'assignation en divorce intentée par l'appelante le 16 octobre 2008 et que les griefs invoqués par l'appelante à l'appui de sa demande ont justifié le prononcé du divorce aux torts de B.

Comme au moment des faits en question, l'échec du mariage provoqué par le comportement gravement fautif du mari était irrémédiable et la procédure en divorce déjà entamée, la relation extraconjugale dont il est fait grief à l'épouse délaissée ne constitue plus une injure grave au sens de l'article 229 du Code civil à l'égard de son conjoint (Cour, 15 juillet 1998, n° rôle 20849 ; Cour 17 juin 1998, n° rôle 21003 ; Cour 3 juin 1998, n° rôle 20914 ; Cour 2 décembre 1998, n° rôle 20684 ; Cour 30 juin 1999, n° rôle 22677). Par contre, la simple antériorité des griefs prouvés à l'encontre d'un époux par rapport aux fautes établies à charge du conjoint serait insuffisante pour enlever à ces fautes leur caractère gravement outrageant (Cour 8 juillet 1998, n° rôle 21242 ; Cour 18 novembre 1998, n° rôle 21053).

Il en suit que l'appel de A est fondé quant à l'attribution des torts et qu'il y a lieu, par réformation du jugement entrepris, de prononcer le divorce entre parties aux torts exclusifs de B.

C'est à raison que le tribunal a institué une autorité parentale conjointe en constatant que les deux parents disposent des capacités requises pour éduquer et élever les enfants communs.

Le tribunal a cependant à tort, après avoir institué une autorité parentale conjointe, attribué encore la garde des enfants à l'appelante.
En effet, du moment que chaque parent conserve son autorité parentale avec tous les attributs qu'elle comporte, il n'y a plus lieu de statuer sur l'attribution de la garde, qui devient sans objet, mais uniquement sur la résidence

principale ou habituelle des enfants et sur le droit de visite et d'hébergement du parent auprès duquel les enfants ne résident pas principalement.

Le jugement entrepris est encore à réformer en ce sens.

L'appelante demande que l'intimé exerce son droit de visite et d'hébergement de façon identique pour chacun des deux enfants C et D.
En demandant la confirmation du jugement entrepris, l'intimé refuse cette proposition d'aligner le droit de visite et d'hébergement de la fille sur celui du garçon.
Comme le parent qui dispose d'un droit de visite et d'hébergement ne peut être contraint d'exercer un droit de visite et d'hébergement plus large qu'il ne le souhaite, cette demande doit être rejetée.

L'appelante demande encore de supprimer le droit de visite du samedi matin lorsque l'intimé n'exerce pas de droit de visite et d'hébergement pendant le week-end, au motif que cet aménagement l'empêche d'avoir C pendant un week-end entier.

Cette demande est fondée. En effet, le droit de visite et d'hébergement doit en principe être aménagé de façon à permettre à chacun des parents d'avoir les enfants un week-end entier sur l'autre en période scolaire.

L'appelante demande une contribution de 2x450 € par mois aux frais d'entretien et d'éducation des enfants et une pension alimentaire à titre personnelle de 600 par mois.

La Cour constate que cette demande n'est pas instruite.
Il y a dès lors lieu, non de débouter la partie appelante, mais d'ordonner un supplément d'instruction. Les parties sont par conséquent invitées à verser des pièces récentes relatives à leur situation financière.
B versera les trois dernières fiches de salaires, sinon les trois dernières fiches constatant le versement d'allocation ou d'indemnités remplaçant le salaire, sinon des pièces attestant les démarches entreprises pour se procurer un nouvel emploi ainsi que des pièces récentes quant à d'éventuels revenus accessoires et A produira également des pièces récentes quant aux emplois obtenus éventuellement dans le cadre du RMG et quant aux efforts entrepris à titre privé pour se réinsérer sur le marché de l'emploi.

L'appelante demande la condamnation de l'intimé à lui payer des dommages et intérêts évalués à 5.000 €, principalement sur le fondement de l'article 301 du code civil et subsidiairement sur celui des articles 1382 et 1383 du même code.

En réalité les susdites dispositions légales ne sont pas dans un rapport hiérarchique entre elles puisqu'elles réparent des préjudices distincts.

Le tribunal a déclaré la demande formée par A recevable sur base de l'article 301 du code civil, « *le divorce étant prononcé aux torts réciproques des parties* ».
Or aux termes de l'article 301 du code civil, le juge pourra allouer à l'époux qui a obtenu le divorce aux torts exclusifs de son conjoint des dommages-intérêts en réparation du préjudice matériel ou moral que la dissolution du mariage lui fera subir.
Le divorce étant à prononcer aux torts exclusifs du mari, par infirmation du jugement entrepris, la demande indemnitaire de l'épouse est recevable en instance d'appel.

A n'a cependant justifié d'aucun préjudice matériel pouvant donner lieu à indemnisation sur le fondement de l'article 301 du code civil et c'est à bon droit et pour de justes motifs que la Cour adopte que les juges de première instance ont dit que la demanderesse n'avait pas prouvé de préjudice moral résultant de la dissolution du lien matrimonial, les faits avancés par elle n'étant que les conséquences normales de toute rupture du mariage.

Pour ce qui est de la demande fondée sur les articles 1382 et 1383 du code civil, l'action introduite sur cette base doit avoir comme cause un préjudice distinct de celui engendré par le divorce.
L'appelante fait état du préjudice physique et moral subi suite « *aux réprimandes agressives et à la violence physique du sieur B tout au long du mariage* ».
La demande en dommages et intérêts formée par l'appelante sur base des articles 1382 et 1383 du Code civil est à déclarer irrecevable dans la mesure où elle tend à l'indemnisation du préjudice corporel subi, étant donné que l'appelante a omis de mettre en intervention les institutions de sécurité sociale intéressés conformément à l'article 453, alinéa 3, du code de la sécurité sociale.
Quant au préjudice moral qui est résulté des violences physiques exercées par l'intimé, la demande en dommages et intérêts est en principe fondée, mais il appartient cependant à l'appelante de verser toutes pièces permettant une évaluation plus concrète ce préjudice au vu des blessures subies (certificats médicaux, le rapport de police n° 15123 dressé suite à la mesure d'expulsion du mari du domicile conjugal du 6 juin 2006).

PAR CES MOTIFS

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

déclare l'appel recevable ;

le dit d'ores et déjà partiellement fondé ;

réformant :

dit que le divorce entre parties est prononcé aux torts exclusifs de B ;

dit que suite à l'institution d'une autorité parentale conjointe, il n'y a plus lieu de statuer sur l'attribution de la garde des enfants communs mineurs ;

supprime le droit de visite du samedi matin de 08 :30 heures à 14 heures quant à l'enfant C ;

déclare non fondée la demande de l'appelante tendant à aligner le droit de visite et d'hébergement de l'enfant D sur celui de l'enfant C ;

déclare la demande en dommages et intérêts formée par l'appelante non fondée sur base de l'article 301 du code civil ;

déclare irrecevable la demande en dommages et intérêts pour le préjudice corporel basée sur l'article 1382 du code civil ;

dit la demande en dommages et intérêts en principe recevable et fondée sur base de l'article 1382 du code civil quant au préjudice moral causé par les violences physiques exercées par l'intimé ;

sursoit à statuer sur les demandes alimentaires et la demande indemnitaire du chef du préjudice moral causé par les violences physiques dont l'appelante a été victime ;

avant tout autre progrès en cause :

enjoint aux parties de verser des pièces récentes relatives à leur situation financière, et notamment :
- quant à B les trois dernières fiches de salaires, sinon les trois dernières fiches constatant le versement d'allocation ou d'indemnités remplaçant le salaire, sinon des pièces attestant les démarches entreprises pour se procurer un nouvel emploi ainsi que des pièces récentes quant à d'éventuels revenus accessoires et
- quant à A des pièces récentes quant aux emplois obtenus éventuellement dans le cadre du RMG et quant aux efforts entrepris à titre privé pour se réinsérer sur le marché de l'emploi ;

enjoint encore à A de produire toutes pièces pertinentes quant aux blessures causées par les violences physiques exercées par l'intimé ;

dit que l'instruction se poursuivra sous le contrôle du magistrat de la mise en état ;

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.