A r r ê t c i v i l

Audience publique du mercredi dix-huit avril deux mille douze

Numéro 37804 du rôle

Composition :

Marc KERSCHEN, premier conseiller, président
Camille HOFFMANN, premier conseiller,
Mireille HARTMANN, conseiller,
Antoinette PASCUCCI, greffier.

E n t r e :

A,

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice GALLÉ Geoffrey de Luxembourg en date du 01/08/2011,

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

e t :

B,

intimée aux fins du prédit exploit GALLE,

comparant par Maître Albert RODESCH, 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 en application des articles 1564 et suivants du BGB, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a, par jugement du 7 juillet 2011, dit la demande non fondée en constatant que les parties vivent séparés depuis au moins le 11 décembre 2009, soit plus d'un an, mais moins de trois ans avant le jour des plaidoiries, qui eurent lieu le 26 mai 2011, et qu'elles n'ont pas réglé les mesures accessoires au divorce relatives à l'exercice de l'autorité parentale, aux aliments dus à l'enfant et au conjoint et au sort du logement conjugal et des effets du ménage.

Pour décider ainsi le tribunal s'est référé :
- à l'article 1565 du BGB qui dispose en son alinéa 1er : „Eine Ehe kann geschieden werden, wenn sie gescheitert ist. Die Ehe ist gescheitert, wenn die Lebensgemeinschaft der Ehegatten nicht mehr besteht und nicht erwartet werden kann, dass die Ehegatten sie wiederherstellen".
- à l'article 1566 du BGB qui dispose : „(1) Es wird unwiderlegbar vermutet, dass die Ehe gescheitert ist, wenn die Ehegatten seit einem Jahr getrennt leben und beide Ehegatten die Scheidung beantragen oder der Antragsgegner der Scheidung zustimmt.
(2) Es wird unwiderlegbar vermutet, dass die Ehe gescheitert ist, wenn die Ehegatten seit drei Jahren getrennt leben".
- à l'article 630 ZPO, abrogé depuis le 1er septembre 2009, qui dispose : „(1) Für das Verfahren auf Scheidung nach § 1565 in Verbindung mit § 1566 Abs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs muss die Antragsschrift eines Ehegatten auch enthalten:
1. die Mitteilung, dass der andere Ehegatte der Scheidung zustimmen oder in gleicher Weise die Scheidung beantragen wird;
2. entweder übereinstimmende Erklärungen der Ehegatten, dass Anträge zur Übertragung der elterlichen Sorge oder eines Teils der elterlichen Sorge für die Kinder auf einen Elternteil und zur Regelung des Umgangs der Eltern mit den Kindern nicht gestellt werden, weil sich die Ehegatten über das Fortbestehen der Sorge und über den Umgang einig sind, oder, soweit eine gerichtliche Regelung erfolgen soll, die entsprechenden Anträge und jeweils die Zustimmung des anderen Ehegatten hierzu;
3. die Einigung der Ehegatten über die Regelung der Unterhaltspflicht gegenüber einem Kind, die durch die Ehe begründete gesetzliche Unterhaltspflicht sowie die Rechtsverhältnisse an der Ehewohnung und am Hausrat.

(2) Die Zustimmung zur Scheidung kann bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung, auf die das Urteil ergeht, widerrufen werden. Die Zustimmung und der Widerruf können zu Protokoll der Geschäftsstelle oder in der mündlichen Verhandlung zur Niederschrift des Gerichts erklärt werden.
(3) Das Gericht soll dem Scheidungsantrag erst stattgeben, wenn die Ehegatten über die in Absatz 1 Nr. 3 bezeichneten Gegenstände einen vollstreckbaren Schuldtitel herbeigeführt haben“.

Le tribunal a constaté que les époux vivent séparés depuis plus d'une année, mais moins de trois années ; que dans ce cas la seule durée de la séparation inférieure à trois ans ne constitue pas en soi une présomption irréfragable de la désunion des époux et de l'échec du mariage au sens de l'article 1565 du B.G.B., mais qu'il faut encore que le divorce soit demandé par les deux époux ou que la partie défenderesse se déclare d'accord avec le divorce ; qu'en cas de divorce par consentement mutuel (*einvernehmliche Scheidung*) les parties sont tenues de régler préalablement les mesures accessoires conformément à l'article 630 ZPO, ce qu'elles ont omis de faire.

A a relevé appel de ce jugement par exploit d'huissier de justice du 1er août 2011 pour entendre faire droit à sa demande en divorce.

Il expose que son épouse avait marqué son accord à voir prononcer le divorce, de sorte que l'échec du mariage était suffisamment prouvé par la séparation de fait d'un an ; que les époux n'étaient pas tenus de régler d'un commun accord les mesures accessoires visées à l'article 630 ZPO.

Il demande l'institution d'une autorité parentale conjointe sur l'enfant commun C. Il se déclare d'accord à voir fixer la résidence principale de l'enfant auprès de l'intimée et demande en droit de visite et d'hébergement.

L'intimée déclare s'opposer à un divorce sur base des articles 1565 et 1566 du BGB en l'absence d'accord sur les mesures accessoires.
Elle soulève l'irrecevabilité de l'appel au motif que les conditions de l'article 630 ZPO ne sont pas remplies.

En ordre subsidiaire, au cas où le divorce était prononcé entre parties, elle se déclare d'accord avec l'institution d'une autorité parentale conjointe.
Elle demande que la résidence habituelle de l'enfant commun soit fixée chez elle.
L'appelante demande la condamnation de l'appelant à lui payer une pension alimentaire à titre personnelle de 589,89 € à partir du mois de juin 2009 jusqu'au mois de septembre 2010. Elle demande acte qu'elle renonce à une pension alimentaire pour la période du mois d'octobre

2010 jusqu'à la date où le présent arrêt sera coulée en force de chose jugée.
Elle demande la condamnation de l'appelant à lui payer à titre de contribution aux frais d'entretien et d'éducation de l'enfant une pension alimentaire mensuelle indexée de 400 € sur base de la loi allemande sinon de la loi luxembourgeoise.
Elle demande acte de l'accord des parties permettant à l'intimée de résider ensemble avec l'enfant commun à l'ancien domicile familial, moyennant paiement d'un loyer, jusqu'à la date de leur déménagement prévu.
L'appelante demande enfin la liquidation et le partage de la communauté de biens ayant existé entre les parties et la nomination d'un notaire pour procéder à ces opérations.
Elle demande acte qu'elle se réserve le droit d'invoquer le « *Versorgungsausgleich* ».
Elle demande une indemnité de procédure de 3.500 €.

Contrairement à argumentation du tribunal, la demande en divorce introduite par A se meut dans le cadre d'un divorce contentieux et non d'un divorce par consentement mutuel. Il n'y a par conséquent pas lieu à application de l'article 133FamFG qui remplace la disposition abrogée de l'article 630 ZPO.

La loi allemande sur le divorce repose sur la désunion irrémédiable des époux, et la preuve de cette désunion quant à l'objet de la preuve à rapporter et à la présomption de l'échec du mariage tirée de la séparation des époux, est largement fonction de la durée de cette séparation.

- Au cas où les époux vivent séparés depuis moins d'un an, l'époux demandeur doit prouver que le maintien du mariage lui est rendu insupportable pour des causes imputables à l'autre époux.

- Au cas où les époux vivent séparés depuis plus d'un an, mais depuis moins de trois ans, l'époux demandeur doit prouver l'échec du mariage, sans pouvoir se référer uniquement à la séparation des époux. Comme il s'agit en l'espèce d'un divorce contentieux, les époux n'ont pas à régler préalablement les mesures accessoires conformément à l'article 133FamFG qui ne concerne que le divorce par consentement mutuel qui est également ouvert après une séparation d'une année. Si les parties optent pour un divorce par consentement mutuel ou si l'époux défendeur déclare accepter le divorce demandé par son conjoint, elles sont tenues de s'accorder sur les mesures accessoires.

- Au cas où les époux vivent séparés depuis plus de trois ans, la loi présume irréfragablement l'échec du mariage à partir de cette séparation au moins triennale (article 1566, alinéa 2, B.G.B.).

Ainsi dans le cas d'espèce d'une séparation des époux entre un et trois ans, la loi allemande permet le divorce, même contre la volonté du conjoint défendeur, mais à condition que l'époux demandeur prouve l'échec irrémédiable du mariage.
L'époux demandeur ne peut pas se reposer sur la présomption de l'échec définitif du mariage de l'article 1566, alinéa 2. Il doit démontrer que le mariage a échoué en invoquant et en établissant des faits autres que la seule séparation des époux. Cependant, contrairement à la preuve à rapporter en cas de séparation d'une durée inférieure à un an, ni les causes de l'échec du mariage ni l'imputabilité de l'échec à l'un ou à l'autre des époux importent. Ainsi un époux pourrait invoquer ses propres manquements pour établir l'échec du mariage.

En l'espèce, suivant conclusions notifiées en première instance le 4 novembre 2010, l'intimée s'était déclarée d'accord avec le divorce demandé par l'appelant, mais les parties ne s'entendaient pas sur les mesures accessoires. En instance d'appel, l'intimée déclare s'opposer au prononcé du divorce sur base des articles 1565 et 1566 du B.G.B.

Comme le divorce a partant conservé son caractère contentieux, il aurait incombé à l'époux demandeur de prouver l'échec du mariage sans pouvoir invoquer la présomption de l'article 1566, alinéa 2 du B.G.B.

Le jugement entrepris est partant à confirmer encore que ce soit par d'autres motifs.

Aux termes de ses conclusions du 6 décembre 2011, la partie intimée déclare vouloir réserver le droit d'invoquer le «*Versorgungsausgleich*» «devant qui de droit».
Une pareille réserve est problématique. En Allemagne, le tribunal statue à la fois sur le divorce et sur le «*Versorgungsausgleich*». sans pouvoir réserver ce dernier volet.

Comme la demande en divorce est rejetée, la Cour est incompétente pour statuer sur les mesures accessoires au divorce.

La demande en paiement d'une indemnité formée par la partie intimée 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.

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,

déclare l'appel recevable;

le dit non fondé;

confirme le jugement entrepris;

déclare non fondée la demande de l'intimée en obtention d'une indemnité de procédure;

condamne l'appelant aux frais et dépens de l'instance

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Marc KERSCHEN, premier conseiller, président, en présence d'Antoinette PASCUCCI, greffier.