15105/1996

COUR SUPERIEURE DE JUSTICE
Grand-Duché de Luxembourg

Audience publique du mercredi, quinze mai mil neuf cent quatre-vingt-seize.

Numéro 17 765 du rôle.

Composition:

Marc THILL, président de chambre;
Edmée CONZEMIUS, conseiller;
Fernand BOSSELER, conseiller;
Nico EDON, avocat général;
Armand BELLOT, greffier.

E N T R E :

le sieur S.), demeurant à L-(...), rue (...)

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Guy ENGEL de Luxembourg en date du 19 avril 1995,

comparant par Maître Gaston VOGEL, avocat, demeurant à Luxembourg;

e t :

la dame P.), demeurant à L-(...), lieu(...)

intimée aux fins du prédit exploit ENGEL,

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

---

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

Statuant sur les difficultés consignées dans un procès-verbal du 26 novembre 1992, dressé lors des opérations de liquidation et de partage du régime matrimonial des époux P.) et S.), dont le divorce avait été prononcé par jugement du 31 mai 1990, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, par jugement contradictoire du 16 février 1995, a :

1. dit la demande de S.) en report de la dissolution de la communauté fondée;

partant dit que la dissolution de la communauté de biens S.) -P.) prend effet à partir du 7.4.1989;

2. dit la demande de P.) tendant à l'établissement d'un inventaire irrecevable;

3. dit que la maison de LIEU1) constitue un propre de S.)

dit que P.) n'a pas établi que ladite maison aurait été financée par des fonds ayant appartenu à la communauté;

partant dit que la communauté n'a pas droit à une récompense de la part de S.) à ce titre;

4. dit que le notaire devra déterminer la consistance des avoirs en banque à la date du 7.4.1989 tout en opérant si nécessaire une réévaluation desdits avoirs à la date du partage effectif;

5. débouté P.) de son offre tendant à établir par expertise l'existence d'un porte-feuille ayant appartenu à la communauté au jour de la dissolution du mariage;

6. débouté S.) de sa demande en octroi d'une indemnité d'occupation;

7. rejeté les offres de preuve formulées par S.) tendant à établir l'investissement de fonds propres dans la communauté;

partant débouté S.) de sa demande en récompense afférente;

8. donné acte à P.) qu'elle renonce à demander une indemnité d'occupation pour le deuxième étage de la rue (...) ;

9. dit la demande de P.) tendant à obtenir le remboursement de la moitié des loyers perçus par S.) pendant la procédure de divorce fondée;

partant condamné S.) à rembourser à P.) la moitié des loyers perçus depuis avril 1989 pour l'immeuble de la rue (...) ;

10. dit la demande de P.) basée sur l'article 191-1 du code de procédure civile fondée;

partant ordonné à la Banque 1) de verser le certificat concernant les avoirs placés par S.) auprès de cette banque ou donnés en garantie de sa dette en compte courant de 9.952.242.- francs sans préjudice du montant exact;

11. quant au partage de l'actif immobilier:

avant tout autre progrès en cause

ordonné une expertise et nommé pour y procéder Monsieur Gilles KINTZELE, architecte, demeurant à Luxembourg, 23, rue du X Septembre avec la mission de concilier les parties sinon de déterminer dans un rapport écrit et motivé la valeur de l'actif immobilier ayant appartenu à la communauté S.) -P.) à la date du 7.4.1989. L'expert indiquera les bases de ses estimations et précisera si l'ensemble de l'actif immobilier peut être partagé en nature, auquel cas il proposera chacune des parts qu'on peut en former et sa valeur afin que le montant de la soulte à verser le cas échéant puisse être déterminé.

De ce jugement non signifié S.) releva régulièrement appel par exploit de l'huissier Guy ENGEL en date du 19 avril 1995. P.) entreprit la décision par la voie incidente.

Comme suite aux recours de part et d'autre, l'entièreté du litige est dévolue à la Cour, elle entend suivre, pour plus de clarté de l'affaire, les divers postes de revendication dans l'ordre retenu par les premiers juges en indiquant d'abord, pour chaque point précis, la motivation des premiers juges, puis

l'argumentation de la partie appelante, ensuite la position de l'intimé et finalement la décision à retenir.

## Le report des effets de la dissolution de la communauté

Les premiers juges se basant sur l'ordonnance de référé du 27 février 1989 ayant condamné S.) à déguerpir du domicile conjugal, ont reporté la date de la dissolution de la communauté quant aux biens entre parties au 7 avril 1989, date à laquelle S.) a quitté définitivement le domicile commun.

P.) invoque l'article 266 alinéa 2 du code civil et les travaux préparatoires y relatifs pour voir dire que si la loi permet d'avancer l'effet du jugement, elle ne permet pas de la reculer. La demande en divorce ne serait pas constituée par l'assignation - intervenue le 5 juin 1989 - mais par le dépôt de la requête en divorce - qui a eu lieu le 13 février 1989 - ce d'autant plus qu'il se dégagerait du jugement de divorce que la cessation de toute communauté d'intérêts se situerait à une date bien antérieure à l'ordonnance de référé. Tout porterait, par ailleurs, à croire que S.) aurait pris soin de modifier certains éléments de l'actif entre la date du dépôt de la demande en divorce et l'ordonnance de référé le condamnant au déguerpissement. Elle conclut dès lors à voir fixer la date du report au 13 février 1989.

S.) conteste toute modification de sa part des éléments de l'actif de la communauté dans le délai prédit de même que la cessation de toute communauté de vie et d'intérêt en date du 13 février 1989.

Aux termes de l'article 266 alinéa 2 du code civil, le jugement de divorce "remontera quant à ses effets entre époux en ce qui concerne leurs biens, au jour de la demande. L'un des conjoints pourra demander que l'effet du jugement soit avancé à la date où leur cohabitation et leur collaboration ont cessé".

Comme en matière de divorce seule l'assignation devant le tribunal est introductive d'instance, la procédure antérieure constituant une phase préliminaire à laquelle le juge n'a aucune part et tendant précisément à éviter l'introduction d'une demande en divorce, l'article 266 alinéa 2 code civil est à comprendre en ce sens que

les effets du jugement de divorce quant aux biens remonteront, en principe, à la date de l'assignation i. e. en l'espèce le 5 juin 1989. Le report de cette date peut certes être demandé, mais sous condition que les époux aient cessé depuis la date indiquée toute cohabitation et toute collaboration, preuve qui est à rapporter par le demandeur au report. Comme le texte emploie la conjonction *et*, c'est une double cessation qui est nécessaire : la persistance d'un seul de ces éléments suffit à exclure tout report. (Cass. 15 nov. 1990. Pas. 28. p. 69).

Les éléments soumis à la Cour ne permettant pas déduire la cessation de la communauté de vie et d'intérêt au 13 février 1989, il y a, par confirmation des premiers juges lieu de reporter les effets du divorce au 7 avril 1989, dès lors qu'il est généralement présumé que la collaboration entre époux prend fin à la date de la cessation de leur cohabitation.

## La demande d'inventaire

Les premiers juges avaient déclaré irrecevable la demande en établissement d'un inventaire de la situation active et passive de la communauté, présentée par P. J, au regard de l'article 1484 du code civil aux termes duquel l'inventaire doit être clos dans les neuf mois du jour où la communauté est dissoute, sauf prorogation accordée par le juge des référés.

L'appelante invoquant l'article 941 du code de procédure civile demande l'établissement de cet inventaire avant tout autre progrès en cause et fait valoir que l'article 1484 ne saurait jouer en la matière ce d'autant moins que le notaire HENCKS commis par ordonnance de référé du 27 février 1989 a été remplacé le 19 mars 1990 par le notaire WEBER, ce qui n'aurait pas pu se faire si l'inventaire devait être clos dans les neuf mois de la dissolution de la communauté.

L'intimé conclut sur ce point à la confirmation de la décision intervenue en faisant valoir que tous les rendez-vous fixés par le notaire commis en vue de l'établissement de l'inventaire avaient été annulés par l'appelante de sorte qu'il y a eu impossibilité de dresser inventaire par la faute de l'appelante même.

Les articles 1482 et suivants du code civil règlent les obligations respectives des époux à l'égard des créanciers de la communauté et l'époux qui se prévaut du bénéfice d'émolument doit être en mesure de justifier que la part dans la communauté qui lui est échue a déjà été totalement absorbée par le paiement, pour moitié, des dettes communes nées du chef de son conjoint, de sorte que tout nouveau paiement d'une telle dette entamerait son patrimoine personnel. Cette justification se fait par l'existence d'un inventaire, par la reddition de compte et par la preuve de l'absence de recel.

En l'espèce, la demande d'inventaire ne concerne pas seulement le passif, mais encore l'actif de la communauté. Il a été déjà fait droit à la requête sur le fondement de l'article 270 du code civil par deux décisions de référé rendues l'une le 27 février 1989 et l'autre le 19 mars 1990 auxquelles aucune suite ne semble avoir été donnée.

Comme les articles 1483 alinéa 2, 1484 et 1486 forment un tout cohérent où les conditions et les effets du bénéfice d'émolument sont précisés, tant à l'égard des tiers que dans les rapports entre époux, le délai de l'article 1484 joue également entre époux et la sanction de l'inobservation du délai consiste dans la déchéance du bénéfice d'émolument (Juriscl. civ. sub art. 1482 à 1491 fasc. 75, no 45 et 46).

Le texte ne prévoit néanmoins pas l'irrecevabilité d'une demande en établissement d'un inventaire qui serait présentée en-dehors du délai prévu par le texte. La demande ne saurait dès lors être déclarée irrecevable.

Comme l'appelante n'indique toutefois pas la raison qui l'a motivée à demander un inventaire en l'état actuel de la procédure, dès lors qu'il résulte des pièces versées en cause que l'inventaire ordonné par le juge des référés a toujours été différé à sa demande, sa requête laisse d'être justifiée ce d'autant plus qu'il n'y a pas eu apposition de scellés.

La maison sise à LIEU1)

Les premiers juges ont décidé que cet immeuble, acquis par S.) le 19 décembre 1989, donc après la cessation de la cohabitation et de la collaboration entre époux, serait un propre, faute par P.) d'avoir établi que son achat a été financé en tout ou en partie par des fonds de la communauté.

Selon P.) l'immeuble tomberait en communauté pour avoir été acquis à un moment où le divorce n'était pas encore prononcé. Elle fait valoir encore que l'intimé resterait en défaut de prouver le financement par des fonds propres et de renverser la présomption de communauté de l'article 1402 du code civil. Subsidiairement, pour le cas où la preuve du caractère commun des fonds lui incomberait, elle invoque le refus de l'intimé de produire des pièces comptables relatives au financement de la maison pour en déduire un paiement avec des deniers communs.

S.) conclut à la confirmation de la décision des premiers juges.

La consistance de la communauté est en l'espèce à déterminer au 7 avril 1989, jour auquel a été reportée la date de la dissolution de la communauté et jour depuis lequel toutes les règles propres au régime de communauté ont cessé rétroactivement de s'appliquer. L'immeuble acquis postérieurement à cette date reste donc, en principe, un propre, sauf à P.) à établir son financement à l'aide de fonds provenant de la communauté. Il appartient, en effet, à l'époux qui prétend à récompense au profit de la communauté à établir que les dépenses engagées pour l'acquisition d'un bien propre ont appartenu à la communauté. Elle devra établir tant l'origine communautaire des deniers que les conditions de leur utilisation. Cette preuve positive n'étant pas rapportée, la décision des premiers juges arrêtant le caractère propre dans le chef de S.) de l'immeuble litigieux est à confirmer.

## La situation bancaire.

Le jugement entrepris retient que la consistance des avoirs en banque doit être analysée à la date du 7 avril 1989 quitte à subir éventuellement une réévaluation à la date du partage effectif.

P.) voudrait voir reporter l'analyse de la situation financière au 13 février 1989, jour de l'introduction de la requête en divorce. Sur le vu de la décision à prendre relativement au report des effets de la communauté, son recours est à rejeter.

Le portefeuille d'actions et d'obligations.

Le soutènement de P.) que la communauté aurait été propriétaire lors de la séparation des époux d'un important portefeuille d'actions et d'obligations a été rejeté en première instance et son offre de preuve par expertise déclarée irrecevable au motif qu'une expertise ne saurait établir l'existence dudit portefeuille, mais uniquement sa consistance.

P.) verse en cause une liasse contenant des énumérations manuscrites de titres, qui se seraient trouvés dans le coffre-fort de S.) à LIEU2), mais sans précision de date, ainsi qu'une évaluation relative à des titres espagnols au 31 décembre 1975 pour un montant de 5. 737.775 et une autre évaluation pour les mêmes actions au 5 juillet 1982 pour un montant de 2.765.735 francs. Elle entend prouver par la déposition des enfants communs que la communauté était propriétaire d'un portefeuille d'au moins 10.000.000 francs à la date du 13 février 1989 et offre en preuve par expertise l'existence et la consistance dudit portefeuille.

Selon l'intimé ledit portefeuille a été entièrement liquidé bien avant la séparation des époux. Il conclut à l'irrecevabilité des offres de preuve formulées pour défaut de précision.

L'appelante restant en défaut de préciser le libellé de son offre de preuve par témoins, cette dernière est à déclarer irrecevable. Les pièces versées en cause, faute de fournir un inventaire à une date rapprochée de la dissolution de la communauté ne permettent pas non plus à la Cour de formuler d'office le libellé de l'offre de preuve. La demande d'expertise est à son tour à rejeter par adoption des motifs des premiers juges.

L'indemnité d'occupation relative à la maison de LIEU2).

Les premiers juges avaient rejeté la demande afférente de S.) au motif que du 7 avril au 31 mai 1990, jour du prononcé du divorce, l'occupation de l'immeuble par l'épouse était justifiée en vertu de l'obligation de secours et d'assistance entre conjoints qui persiste jusqu'à la dissolution du lien conjugal, et que pour la période postérieure au prononcé du divorce, les juges ont tenu compte de l'avantage procuré à P.) par l'occupation du logement indivis lors de la fixation du secours personnel.

Selon S.) une indemnité d'occupation de 80.000 francs serait due à partir du 30 mai 1990 dès lors que la dérogation retenue par le tribunal ne trouverait aucune base dans la fixation de la pension alimentaire.

L'intimée conclut à la confirmation de la décision entreprise sur ce point.

Tant le jugement du tribunal d'arrondissement du 2 février 1995 ayant fixé le secours personnel de l'épouse à 60.000 francs par mois rétroactivement au 1er novembre 1990, que l'arrêt de la Cour d'appel du 27 mars 1996 portant confirmation de cette décision, ont déterminé la pension alimentaire selon le critère des besoins de l'épouse, compte tenu de ses frais incompressibles et dès lors du fait qu'elle n'avait pas de loyer à charge. Comme le montant de la contribution aux besoins de l'épouse a été fixé en fonction d'une occupation gratuite des locaux communs, le conjoint n'a pas droit à une indemnité d'occupation. La décision entreprise est donc encore à confirmer sur ce point.

## L'investissement de fonds propres dans les immeubles communs.

Faute de preuve à l'appui de son soutènement S.) a été débouté de sa demande en première instance.

L'appelant S.) demande actuellement acte de ce qu'il entend déférer à l'intimée le serment litisdécisoire suivant :

*"S'il n'est pas vrai que le sieur S.) a investi dans les immeubles sis à LIEU2) et à (...), rue (...), 2 millions de francs qu'il avait reçus en partie au titre de la succession de son père, dans le cadre d'un*

*partage d'ascendants et en partie sous forme de bons de caisse à la Banque1), de la part de son oncle A.)* ".

L'intimée soulève l'irrecevabilité du serment tel que libellé au regard de l'article 1359 du code civil et demande la confirmation de la décision entreprise.

Cette offre de preuve par serment est irrecevable pour ne pas se rapporter à un fait personnel à l'intimée, qui peut dès lors soutenir l'ignorer (Cass. 11 juillet 1911, 8 , 140).

Faute d'avoir établi ses propres investissements par d'autres moyens de preuve, l'appelant, par confirmation des premiers juges, est à débouter de sa demande en revendication.

<u>L'indemnité d'occupation pour le deuxième étage de la rue (...)</u>

L'appel subsidiaire de P.) , vu la décision à intervenir relativement à l'indemnité d'occupation de la maison commune de LIEU2) , devient sans objet.

<u>La demande en remboursement de la moitié des loyers touchés par S.)</u> .

Les premiers juges ayant condamné S.) à verser à P.) la moitié des loyers touchés depuis avril 1989, date de la dissolution de la communauté, P.) désire voir reporter cette date au mois de février 1989. Vu la décision à intervenir sur le report des effets de la dissolution de l'union conjugale, son recours est à rejeter.

L'appelante demande encore la condamnation de l'intimé à remettre un relevé de tous les loyers touchés jusqu'à ce jour dans les huit jours du prononcé à intervenir. Cette demande non contestée par l'intimé est à adjuger.

<u>L'injonction à la Banque1) de certifier les avoirs de S.)</u>

Devant les premiers juges, l'épouse avait fait valoir qu'elle soupçonnerait l'existence d'avoirs appartenant à la communauté et placés auprès de cet institut bancaire en garantie d'une dette de 9,9 millions de francs accordée en compte courant à S.) . En vue d'établir son affirmation elle avait demandé aux premiers juges d'enjoindre à S.) ou la Banque1) de produire le certificat de la Banque1) relatif aux avoirs placés par S.) auprès de la Banque1) ou donnés en garantie de cette dette. La demande était basée sur les articles 188-1 et 191-1 du code de procédure civile. Les premiers juges ont ordonné à la banque de produire lesdites pièces.

S.) demande la réformation du jugement entrepris et le rejet de la demande au regard de son caractère vague et imprécis.

L'intimée, sans interjeter appel incident sur ce point, demande la confirmation de la mesure ordonnée.

Les dispositions des articles 191 et 192 du code de procédure civile qui reconnaissent expressément la possibilité pour le juge, à la demande de l'une des parties, d'enjoindre à l'autre partie, voire à un tiers, le versement aux débats de documents nécessaires au litige, participent de l'idée de l'accroissement du rôle du juge, lequel se voit notamment doté de certains pouvoirs destinés à lui permettre d'approcher, sinon d'atteindre, la vérité objective.

Il importe toutefois de souligner qu'une partie à l'instance ne peut prétendre obtenir la production forcée de certaines pièces que si celles-ci sont suffisamment spécifiées. D'abord, il n'est pas sans intérêt d'observer que l'article 191 utilise l'article défini (*l'*acte, *la* pièce), comme pour mieux marquer la nécessité d'une spécification précise. Mais surtout il est évident que la préoccupation majeure a été d'éviter que par le biais d'une demande de production, l'une des parties ne procède à une sorte de perquisition générale dans les archives de son adversaire ou d'un tiers, pour découvrir des pièces susceptibles d'appuyer ses prétentions. Si la demande porte sur une série de documents, il faut que l'ensemble de pièces soit nettement délimité et que les documents soient sinon identifiés du moins identifiables (R.T.D.C. 1979, p. 664).

En l'espèce, l'appelante ne requiert pas la production d'une pièce existante, mais l'élaboration par un institut bancaire d'un certificat déterminé et précis destiné à confirmer ses soupçons d'un avoir bancaire. Cette demande ne rentre pas dans le cadre de l'article 191 du code de procédure civile et est à rejeter.

## La demande en licitation de l'actif immobilier et l'expertise ordonnée sur ce point

Le tribunal entérinant le principe que la licitation constitue une exception aux règles du partage en nature éventuellement moyennant soulte, a, avant tout autre progrès en cause nommé expert l'architecte Gilles KINTZELE avec la mission de déterminer la valeur de l'actif immobilier ayant appartenu à la communauté à la date du 7 avril 1989 en indiquant les bases de ses estimations et en précisant si l'ensemble de l'actif peut être partagé en nature, auquel cas il proposera les lots susceptibles d'être formées avec indication de leur valeur pour permettre la détermination de la soulte éventuelle.

L'appelant S.) invoque une expertise ROCK qui évaluerait l'immeuble de la rue (...) au quadruple de la maison de LIEU2) pour exclure toute possibilité d'attribution par lot.

Abstraction faite de ce que l'expertise ROCK date du 4 juin 1992 et n'est plus d'actualité pour ce qui est des évaluations vu la conjoncture économique du marché immobilier, il échet de relever que la communauté S.) - P.) dispose outre les deux immeubles prédécrits de certains terrains non bâtis situés à LIEU3) et encore, comme cela se dégage d'une lettre de S.) du 24 septembre 1990, de places à bâtir en Espagne et d'un appartement situé dans ce même pays.

Le partage en nature des immeubles demeure la règle. Il n'en est autrement, aux termes de l'article 827, applicable en la présente matière, que si les immeubles ne peuvent pas se partager commodément ou si toutes les parties consentent à la licitation. Il en suit qu'il y a lieu de procéder au partage en nature lorsqu'un des héritiers ou l'un des époux le demande et si la consistance et la composition

des biens ne s'opposent pas à ce qu'ils soient commodément partagés, même si certains immeubles ne conviennent pas à tous les indivisaires à cause de leur situation et de leur éloignement. D'ailleurs, lorsqu'il existe, comme en l'espèce, plusieurs immeubles dans la masse à partager il n'est pas nécessaire pour que le partage en nature soit obligatoire, que chacun d'eux soit commodément partageable: c'est l'ensemble des immeubles qu'il faut envisager ( J.Cl Civ. sub art 815-842, fasc.8 nos 67 et 69).

La décision des premiers juges est donc à confirmer en ce qu'elle a, avant de statuer sur la licitation, ordonné une expertise afin de déterminer le caractère partageable en nature des immeubles.

P.) critique la mission confiée à l'expert dans la mesure où les premiers juges ont requis l'évaluation de l'actif immobilier au 7 avril 1989.

Cette critique est justifiée. En effet, l'article 266 alinéa 2 ne concerne que la date à laquelle la consistance de la communauté doit être déterminée et non celle de l'évaluation des biens communs, qui doit être faite au jour le plus proche du partage (Cass. civ. 1re, 11 oct. 1989. JCP. 89, IV, 394). La mission de l'expert est donc à modifier en ce sens qu'il déterminera la valeur de l'actif au jour de l'établissement de son rapport, quitte au tribunal à procéder dans la suite et le cas échéant à une réévaluation.

## Le coût du rapport d'expertise

Dans le dispositif de ses conclusions du 7 mars 1996, P.) demande la condamnation de S.) au remboursement du montant de 69.992 francs représentant le coût du rapport d'expertise.

Ce montant est contesté par l'intimé tant dans son principe que dans son quantum.

Faute par P.) de préciser l'expertise dont elle aurait avancé les frais, il n'y a pas lieu de faire droit à sa demande en l'état actuel du dossier.

## L'indemnité de procédure.

La demande de S.) en octroi d'une indemnité de procédure introduite sur le fondement de l'article 131-1 du code de procédure civile est à rejeter, faute par lui d'avoir justifié de l'iniquité de laisser les frais non compris dans les dépens à sa charge.

P A R C E S M O T I F S:

la Cour d'appel, première chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement entre parties, le représentant du ministère public entendu,

déboutant de toutes autres conclusions plus amples ou contraires,

reçoit en la forme l'appel principal et l'appel incident,

les dit partiellement fondés

déclare irrecevables les offres de preuve présentées de part et d'autre,

R E F O R M A N T

ordonne à S.) de verser dans les huit jours du présent arrêt un relevé de tous les loyers touchés depuis le mois d'avril 1989 jusqu'à ce jour,

rejette la demande de P.) tendant à donner injonction à la Banque1) de produire un certificat relatif aux avoirs prétendument placés par S.) auprès de cet institut bancaire ou donnés en garantie d'une dette personnelle,

dit non fondée sa demande en établissement d'un inventaire,

dit non fondée, en l'état actuel du dossier, la demande de P.) au remboursement des frais d'un rapport d'expertise,

dit que l'expert commis évaluera l'actif immobilier au jour de son rapport,

confirme le jugement entrepris pour le surplus et renvoie l'affaire devant les premiers juges pour y voir continuer les opérations d'expertise,

rejette la demande de S.) en octroi d'une indemnité de procédure,

fait masse des dépens de la présente instance et les impose pour moitié à chacune des parties litigantes et en ordonne la distraction au profit de Maîtres Gaston VOGEL et Jean-Georges GREMLING, mandataires concluants qui la demandent affirmant avoir avancé lesdits dépens.