A r r ê t c i v i l

Audience publique du mercredi, trois mars mil neuf cent quatre-vingt-dix-neuf.

Numéros 17 873 et 21 791 du rôle.

Composition:

Marie-Paule ENGEL, présidente de chambre ;
Edmée CONZEMIUS, premier conseiller ;
Camille HOFFMANN, conseiller ;
Georges WIVENES, avocat général ;
Patrick KELLER, greffier.

E N T R E :

-I-

A.), retoucheuse, demeurant à L-(…), (…),

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Guy ENGEL de Luxembourg en date du 10 mai 1995,

comparant par Maître Gaston VOGEL, avocat (I), demeurant à Luxembourg,

e t :

B.), ingénieur-technicien, demeurant à L-(…), (…),

intimé aux fins du prédit exploit ENGEL,

comparant par Maître Charles KAUFHOLD, avocat (I), demeurant à Luxembourg.

-II-

B.), ingénieur-technicien, demeurant à L-(…), (…),

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Roland FUNK de Luxembourg en date du 05 janvier 1998,

comparant par Maître Charles KAUFHOLD, avocat (I), demeurant à Luxembourg.

e t

A.), retoucheuse, demeurant à L-(…), (…),

intimée aux fins du prédit exploit FUNK,

comparant par Maître Gaston VOGEL, avocat (I), demeurant à Luxembourg,

---

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

Statuant sur les opérations de liquidation et de partage de la communauté de biens des époux **B.)** et **A.)**, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, par jugement rendu contradictoirement le 27 avril 1995, statua comme suit :

P a r c e s M o t i f s

le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, quatrième section, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement,

le Ministère Public entendu ;

le juge-commissaire entendu en son rapport ;

dit la demande d'**A.)** en report des effets de la dissolution de la communauté entre époux recevable ;

la déclare fondée ;

partant, dit qu'entre les parties **B.)** et **A.)** la dissolution remonte quant à ses effets au 1er octobre 1989 ;

ordonne la licitation de l'immeuble commun sis à (…), (…) ;
commet à cette fin Maître Jacqueline HANSEN-PEFFER, notaire de résidence à Capellen ;

ordonne tous devoirs de droit en la matière ;

déboute **A.)** de sa demande en exécution provisoire du présent jugement relatif à la licitation ;

déboute **A.)** de sa demande en reprise respectivement en récompense des meubles meublants ;

dit la demande de **A.)** en reprise du chef de dons manuels fondée pour le montant de 1.803.000.- francs ;

dit la demande de **A.)** en reprise du chef de dommages-intérêts de 120.000.- francs non fondée ;

déboute **A.)** de sa demande en récompense de 1.299.942.- francs ;

déboute **B.)** de sa demande en paiement d'une
d'indemnité d'occupation de 2.904.000.- francs ;

quant au commerce et avant tout autre progrès en cause, nomme expert le sieur Alex BENOY, expert-comptable, demeurant à Luxembourg, 13, rue Bertholet, avec la mission de concilier les parties si faire se peut sinon de déterminer dans un rapport écrit et motivé la valeur commerciale du commerce exploité sous la dénomination " **SOC1.)**" en tenant compte des règlements et remboursements faits par les parties ;

ordonne à **A.)** de consigner au plus tard le 31 mai 1995 la somme de 10.000.- francs, à titre de provision à valoir sur la rémunération de l'expert à un établissement de crédit à convenir avec l'autre partie au litige, et d'en justifier au greffe du tribunal, sous peine de poursuite de l'instance selon les dispositions de l'article 325 du code de procédure civile ;

charge Monsieur de vice-président Jean Joseph MULLER du contrôle de cette mesure d'instruction ;

dit que l'expert devra déposer son rapport au greffe du tribunal le 31 juillet 1995 au plus tard ;

quant aux biens mobiliers de la communauté, dit, avant tout autre progrès en cause, qu'il y a lieu de dresser l'inventaire des biens mobiliers de la communauté ;

réserve les frais et dépens ;

refixe l'affaire du 28 septembre 1995.
Ce jugement fut régulièrement entrepris le 10 mai 1995 par **A.)** par un appel limité aux dispositions du jugement qui n'ont pas entériné ses conclusions de première instance, notamment à celle ayant refusé la prise en compte d'une récompense de 1.299.942.- francs. **B.)** interjeta appel incident pour voir dire que ce serait à tort que le tribunal se serait basé sur l'attestation en brevet pour dire qu'un montant de 2.677.779.- francs aurait été remis par la dame **C.)** à sa fille **A.)** et pour voir dire que **A.)** serait redevable d'une indemnité d'occupation de la maison commune.

Par un second jugement rendu le 30 octobre 1997, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg déclara non fondée la demande en annulation du rapport SCHILTZ du 27 septembre 1996, entérina ledit rapport et décida que **B.)** redoit à **A.)** un montant principal de 1.700.306.- francs et à **C.)** une somme de 1.327.500.- francs et que **A.)** doit à **C.)** un montant de 1.327.500.- francs.

Ce jugement fit l'objet d'un appel de la part de **B.)** en date du 5 janvier 1998.

L'appelant reprend son moyen tiré de la nullité du rapport d'expertise pour inobservation du caractère contradictoire de l'expertise déjà soulevée en première instance. Il conteste subsidiairement les constatations et déductions de l'expert et sollicite l'institution d'une nouvelle expertise afin d'évaluer le fonds de commerce **SOC1.)** et **SOC2.)**.

Il est dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice de joindre les deux recours pour y statuer par un seul arrêt.

La récompense de 1.299.942.- francs réclamée par **A.)**

B.) a en cours d'instance renoncé à contester que la chambre à coucher, la cuisinière et la chambre d'enfant sont des propres de **A.)**. Comme ces meubles se trouvent de toute façon en la possession de **A.)** (cf. conclusions de Me Vogel du 8.10.98) elle ne saurait faire valoir de prétentions y relatives. Il en est de même de la salle à manger dont les parties ne parlent plus dans leurs conclusions mais dont il n'est pas établi qu'elle se trouverait en possession de **B.)**.

Par conclusions du 22.1.95 **A.)** avait fait valoir une récompense de 1.299.942.- francs en les terme suivants : " constater qu'après le 1.10.89 (date de la séparation de fait des époux) la partie de Me Vogel a remboursé seule semestriellement la dette hypothécaire au profit de la Caisse de Pension des Employés Privés, soit en tout et pour tout à la date de ce jour 1.299.942.- francs, dont à titre d'intérêts 332.359.- francs ".

La demande, qualifiée par les premiers juges, de dette de la communauté transmise à l'indivision post communautaire, a été abjugée par eux comme n'étant pas prouvée.

Actuellement **B.)** reconnaît que ce montant a été payé dans l'intérêt de l'indivision post-communautaire pour apurer une dette de la communauté. **A.)** a donc droit de la part de **B.)** à un remboursement de la moitié, soit 649.971.- francs.

Les dons manuels faits à **A.)** par ses parents, les époux **C.)-D.)**

A.) réclame de ce chef une récompense de 2.677.779.- suivant attestation reçue par Maître SCHWACHTGEN le 10 janvier 1994. Un montant de 1.803.000.- francs, investi dans l'immeuble commun, lui a été reconnu par les premiers juges.

B.) reproche aux premiers juges de s'être basés sur une attestation en brevet pour retenir que les prétendus dons auraient été faits à l'épouse seule. L'attestation ne serait pas signée et émanerait d'une personne ayant un intérêt manifeste à l'issue du procès. Elle ne prouverait en rien qu'un quelconque montant a été investi dans la maison commune. En matière civile, la preuve testimoniale ne serait par ailleurs pas admise.

Aux termes de l'article 1405 du code civil, le bien donné ou légué à un seul époux lui reste propre.

Toutefois, pour obtenir récompense à charge du patrimoine commun, l'époux demandeur doit nécessairement apporter la preuve non seulement du caractère propre des biens revendiqués, mais aussi celle de ce que ces biens propres ont été utilisés au profit de la communauté qui les a consommés réellement à son avantage (article 1433 du code civil). L'article 1433 du code civil exige donc, outre la preuve que les deniers ont été perçus, celle de l'enrichissement procuré. Il incombe à celui qui demande récompense à !a communauté d'établir. par tous moyens, que les deniers provenant du patrimoine propre de l'un des époux ont profité à la communauté (Rép. Defrén. 1997 p. 1442)

Faute par **A.)** d'établir un enrichissement de la communauté par le biais de ces dons manuels, elle ne pourra bénéficier d'aucune reprise, ni récompense. La demande est partant à rejeter.

Il est donc superfétatoire d'examiner les autres moyens soulevés.

A.) dans ses conclusions du 8.10.98 établit un listing de retraits qu'elle aurait effectués de son livret d'épargne n° 6-201-6849. Sans soutenir que les montants y figurant constituent les dons manuels préexaminés ou partie de ces dons, elle fait valoir que tous les montants retirés pendant la période du 30 juin 1983 au 6 juin 1985, soit un total de 1.208.838.- francs auraient été versés à la communauté et que notamment un montant de 282.940.- francs aurait servi à payer les frais de l'acte notarié relatif à l'immeuble commun.

La partie **B.)** reconnaît le règlement de ce montant. **A.)** a donc droit de la part de la communauté à une récompense de 282.940.- francs.

L'affectation des autres montants restant contestée, **A.)** offre en preuve par aveu, sinon par témoins, sinon par expertise que tous les retraits ont été opérés dans l'intérêt de la communauté.

En présence des contestations formelles de **B.)** sur tous les autres points, l'offre de preuve par aveu est à rejeter, une comparution personnelle étant vouée à un échec certain. L'offre de preuve par enquête est, à son tour, à

déclarer irrecevable, **A.)** omettant d'indiquer le nom des témoins susceptibles de déposer sur le problème. Il en est de même de l'offre de preuve par expertise, cette mesure n'étant pas destinée à suppléer à l'absence totale de preuve, **A.)**, à l'exception du montant de 114.330.- francs qui aurait été investi à l'achat d'une cuisine, omettant d'indiquer l'affectation précise des sommes prélevées mettant ainsi la Cour dans l'impossibilité de concevoir une mission d'expertise et l'expert dans l'impuissance d'exécuter une mission éventuelle.

Faute d'autres éléments permettant à la Cour de retenir que les retraits ont profité à la communauté, **A.)** est à débouter de sa demande pour autant qu'elle dépasse le montant de 282.940.- francs.

L'indemnité d'occupation

Il échet de rappeler que le divorce entre parties fut prononcé le 17 juin 1993. Le jugement rendu 27 avril 1995 reporta les effets patrimoniaux du divorce entre parties au 1er octobre 1989.

B.) réclame de la part de **A.)** pour l'occupation de l'immeuble commun à partir du 1.10.89 une indemnité d'occupation de 44.000.- francs par mois.

Selon l'épouse aucune indemnité ne serait due dès lors qu'elle aurait occupé l'immeuble avec les deux enfants communs mineurs.

En réplique, **B.)** fat valoir que l'enfant **E1.)**, né le (…), habiterait auprès de lui depuis le 16 août 1994 et que l'enfant **E2.)** aurait également vécu chez lui du 17 février 1995 au 31 août 1995, faits qu'il offre en preuve par l'audition de témoins.

En principe, une indemnité d'occupation n'est pas due lorsque la jouissance du bien commun s'analyse en une modalité d'exécution de l'obligation de secours et d'assistance persistant entre époux pendant la procédure de divorce ou encore en un élément du devoir de contribution aux frais d'entretien des enfants.

Il n'est en l'espèce pas contesté que l'épouse a continué à occuper la résidence conjugale pour permettre, au moins dans un premier temps, de loger les enfants dont la garde lui a été attribuée. Si le fils **E1.)** a quitté la mère le 16 août 1994, il n'en reste pas moins que l'enfant **E2.)** restait toujours sa garde même si pendant un bref laps de temps, ne justifiant en aucun cas un déménagement sur-le-champ de la mère, il a habité auprès du père. La jouissance gratuite du logement familial doit, en l'espèce, être considéré comme un avantage en nature compensant la relative modicité de la contribution du père aux frais d'entretien et d'éducation.

Par confirmation des premiers juges, **B.)** est à débouter de sa demande en octroi d'une indemnité de jouissance et cela sans qu'il faille procéder à une

mesure d'instruction complémentaire laquelle eu égard aux développements qui précèdent laisse d'être pertinente.

Les dommages-intérêts de 120.000.- francs touchés par **A.)** suite au décès de son père

Pour autant que cette prétention serait reprise en appel – les conclusions de **A.)** restent muettes sur ce point et l'acte d'appel n'est pas motivé – la décision des premiers juges est à confirmer par adoption de leur motivation exhaustive.

La nullité du rapport d'expertise SCHILTZ

Le jugement du 27 avril 1995 avait ordonné une expertise afin de déterminer la valeur commerciale du commerce exploité sous la dénomination " **SOC1.)** " en tenant compte des règlements et remboursements faits par les parties.

Le jugement du 30 octobre 1997 a retenu que l'expert SCHILTZ aurait observé le principe du contradictoire et que son rapport serait à maintenir aux débats.

B.) reprend son argumentation développée en première instance et consistant à dire qu'il n'aurait été convoqué qu'à une seule réunion alors que le rapport parlerait de plusieurs réunions, qu'il n'aurait reçu aucune copie de la correspondance échangée entre son épouse divorcée et l'expert, que les pièces jugées trop volumineuses ne lui auraient pas été communiquées, qu'il aurait été tenu à l'écart des investigations faites par l'expert.

La nullité, telle que soulevée vise un vice de forme qui n'entraîne la nullité de l'expertise que s'il y a eu atteinte aux intérêts du plaideur.

L'expertise SCHILTZ ayant été essentiellement technique, les parties n'avaient pas à assister l'expert à tous les stades de ses recherches. Il est, dans un tel cas, suffi à l'exigence du caractère contradictoire lorsque les conclusions de l'expert sont soumises aux parties de façon telle que l'expert puisse avoir connaissance de leurs observations et qu'il prenne, le cas échéant, position. Le principe du contradictoire exige également que les parties puissent disposer, à leur demande, de toutes les pièces.

En l'espèce, il se dégage des constatations des premiers juges non contredites et d'une lettre de l'expert du 7 juillet 1997 que l'expert a à trois reprises convoqué les parties. Il s'en dégage de même que deux de ces convocations concernaient spécialement l'examen des pièces soumises à l'expert et que **B.)** a personnellement assisté, outre à la réunion du 7 novembre 1994, à celle du 18 août 1995 qui précisément avait pour objet la consultation des pièces. On ne saurait donc soutenir que l'expert a violé le

principe du contradictoire ce d'autant moins qu'il affirme avoir soumis copie de chaque courrier à chacune des parties. Il aurait par ailleurs appartenu à **B.)**, dans le cas où il était d'avis que le rapport laissait ouvert un certain nombre de questions, de solliciter une lecture du rapport respectivement de demander des renseignements complémentaires à l'expert.

Le jugement entrepris est, en conséquence, à confirmer en ce qu'il a rejeté le moyen de nullité soulevé.

Pour ce qui est du fond même de l'expertise, **B.)** reproche à l'expert d'avoir pris pour avéré les déclarations fiscales de **A.)** au lieu d'évaluer le fonds de commerce sur base du chiffre d'affaires réalisé.

Il se dégage de l'agencement de l'expertise, que l'homme de l'art a évalué la valeur commerciale en substituant aux valeurs figurant au bilan, les valeurs réelles de chacun des postes à la date du 1er octobre 1989. Les valeurs incorporelles ont été évaluées individuellement à zéro. Cette estimation s'explique logiquement par le fait que le magasin **SOC1.)** a été fermé fin 1987 de sorte qu'à la date du 1er octobre 1989 il n'y avait plus clientèle, ni bail, ni enseigne, et que les revenus tirés du magasin **SOC2.)** étaient des plus restreints de sorte que l'on peut admettre un chiffre d'affaires peu important justifiant dans la suite un changement d'exploitation. Les valeurs corporelles (installations, stock, voiture Golf) ont été estimées à un solde négatif de 3.293.959.- francs, l'expert se basant correctement sur les prix d'acquisition et les prix de vente en tenant compte des amortissements et en retenant les créances, les dettes bancaires, et les fournisseurs selon leur valeur nominale. Cette façon de procéder de l'expert est conforme aux règles de l'art.

Il est à relever qu'il n'est plus contesté que le remboursement des impôts 1988 à raison de 106.653.- francs a été transféré sur un compte privé de **B.)**.

Le rapport a donc été entériné à bon droit par les premiers juges.

Les demandes en octroi d'une indemnité de procédure sont à rejeter, faute par les parties de justifier de l'iniquité de laisser les frais non compris dans les dépens à leur 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 et offres de preuve comme mal fondées,

reçoit les recours en la forme,

les joint,

par réformation des premiers juges, dit que **A.)** a droit de la part de **B.)** au remboursement du montant de 649.971.- francs avec les intérêts légaux du 22 janvier 1995, jour de la demande en justice,

dit que **A.)** a droit de la part de la communauté à une récompense de 282.940.- francs avec les intérêts légaux du 1er octobre 1989 jusqu'à solde,

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

rejette le moyen de nullité du rapport d'expertise,

confirme les jugements, dans la mesure où ils ont été entrepris, pour le surplus sauf à dire que les montants déterminés par l'expert SCHILTZ en faveur d'**A.)** porteront intérêts légaux du 22.01.1995, jour de la demande en justice, jusqu'à solde,

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

fait masse des impôts de la présente instance et les impose pour moitié à chacune des parties avec distraction au profit des mandataires constitués.

La lecture du présent arrêt a été faite en la prédite audience publique par Marie-Paule ENGEL, présidente de chambre, en présence de Patrick KELLER, greffier.