A r r ê t c i v i l

Audience publique du mercredi, vingt-six juin deux mille deux.

Numéro 26 081 du rôle.

Composition :

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

E N T R E :

A.), demeurant à I-**(…)**,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Guy ENGEL de Luxembourg en date du 17 septembre 2001,

comparant par Maître Marco NOSBUSCH, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

B.), demeurant à D-**(…)**,

intimé aux fins du prédit exploit ENGEL,

comparant par Maître Marc KLEYR, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

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

L'intimé **B.)** expose qu'il avait acquis ensemble avec son épouse, l'appelante **A.)**, un appartement sis dans un immeuble en copropriété, dit Domaine de **(…)**, à **(…)**, rue des **(…)**, appartement B II, au troisième étage, ainsi que les garages n° 17 et 18; que, bien qu'il eût seul financé cette acquisition, l'acte de vente notarié du 26 juillet 1972 indique, pour des raisons fiscales, **A.)** comme seul acquéreur; que cependant celle-ci avait signé le 10 octobre 1975 une déclaration libellée comme suit: "Hiermit bestätige ich, dass die von meinem Ehemann **B.)** mit Notarvertrag vom 27 Juni 1972 in **(…)** gekaufte Wohnung in der Bebauung Domaine de **(…)** aus steuerlichen Gründen auf meinen Namen lautet, aber gemeinsames Eigentum ist"; que les époux **B.)-A.)**, qui étaient mariés sous le régime de la séparation des biens de droit allemand, ont divorcé par consentement mutuel suivant jugement coulé en force de chose jugée le 12 décembre 1995; que suivant une convention relative au divorce du 12 mars 1994, intitulée "*Trennungsvertrag*", les parties avaient expressément réglé leurs prétentions quant au domicile conjugal, l'immeuble commercial sis à **(…)**, les parts sociales de la société **B.)** GmbH, les pensions alimentaires de l'épouse et des enfants communs et les droits d'assurance maladie; que suivant le paragraphe 10 de cette convention, intitulé, "*Ausgleichsklausel*": "*Mit Erfüllung dieses Vertrages sind sämtliche gegenseitigen Ansprüche der Parteien aus ihrer Ehe und aus den Eigentumsrechten aus ihrem gemeinsamen Grundbesitz in der **(…)** in **(…)** und den Geschäftsanteilen an der **B.)** GmbH ausgeglichen*"; que cette convention ne mentionne pas l'appartement sis à **(…)**, de sorte que cette indivision a subsisté entre parties après leur divorce; que bien que **A.)** se fût engagée à ne pas vendre l'appartement en-dessous de 700.000 DM et de remettre la moitié du prix obtenu à son ex-époux, il a appris, le 25 avril 1997, qu'elle avait vendu l'appartement par acte du 25 avril 1997, au prix de 11.850.000.- francs, montant qu'elle avait transféré sur son compte bancaire en Suisse.

Par exploit d'huissier de justice du 6 janvier 1998, **B.)** demande la condamnation d'**A.)** à lui payer la somme de 356.745,63 DM avec les intérêts légaux tels que de droit. Cette somme se compose à hauteur de 6.745,63 DM des frais que **B.)** affirme avoir déboursé pour l'appartement depuis le 12 février 1995 et à hauteur de 350.000 DM de la part de la valeur de l'appartement qui lui reviendrait.

Statuant sur cette demande, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a d'abord, par jugement du 8 juillet 1999 demandé à l'autorité compétente allemande les renseignements pour la solution des questions suivantes :

1. Est-ce que des époux, qui ont, avant toute procédure de divorce, signé un "*Trennungsvertrag*", pour organiser la séparation de leurs biens, et qui ont par la suite obtenu le prononcé du divorce, peuvent, postérieurement à ce divorce, saisir un tribunal avec la demande de régler certains de leurs droits patrimoniaux réglés ni par le « *Trennungsvertrag* » ni par le jugement prononçant le divorce ?

2. Est-ce qu'ils peuvent notamment saisir le tribunal d'une demande en partage d'un immeuble prétendument commun qui n'a pas été traité dans le cadre de

la séparation ou est-ce que leurs droits patrimoniaux respectifs sont définitivement réputés réglés après le divorce ?

Ensuite, au vu des renseignements fournis par l'autorité compétente, le tribunal a, par jugement du 22 février 2001, dit la demande de **B.)** d'ores et déjà fondée pour le montant de 6.745,63 DM et condamné **A.)** au paiement de cette somme avec les intérêts légaux à partir de la demande en justice jusqu'à solde, déclaré la demande fondée en principe pour le surplus et admis **B.)** à prouver par voie d'enquête qu'il avait été convenu entre parties que l'appartement devait être vendu pour un prix d'au moins 700.000 DM et que le prix devait être partagé par moitié entre parties, déduction faite des frais exposés de part et d'autre.

A.) a relevé appel des jugements du 8 juillet 1999 et du 22 février 2001 par exploit d'huissier de justice du 17 septembre 2001.

L'appelante fait d'abord valoir que le tribunal a, dans son jugement du 22 février 2001, implicitement mais nécessairement admis que l'intimé avait agi en exécution d'une convention conclue entre parties relative à la vente de l'appartement et au partage du prix réalisé ; que cette convention est soumise à la loi luxembourgeoise ; que l'article 1341 du code civil impose la preuve par écrit des obligations dont la valeur est égale ou supérieure à 100.000.- francs ; que l'offre de preuve par témoins formulée par **B.)**, admise par le jugement du 22 février 2001, doit par conséquent être déclarée irrecevable ; que l'intimé n'ayant pas prouvé qu'il avait été convenu entre parties que l'appartement devait être vendu pour un prix d'au moins 700.000 DM et que le prix devait être partagé par moitié entre parties, est à débouter de sa demande.

En ordre subsidiaire, si la demande de **B.)** devait être qualifiée de demande en partage d'un immeuble commun, l'appelante demande acte qu'elle s'oppose à une modification de la base légale de la demande.

L'appelante soutient encore que le « *Trennungsvertrag* » serait soumis au droit luxembourgeois et qu'il constituerait une transaction réglant l'ensemble des prétentions patrimoniales des parties ; que la demande de **B.)** serait partant irrecevable. Au cas où cette convention serait soumise à la loi allemande, elle devrait être interprétée comme exprimant la volonté des parties de maintenir le *status quo* juridique de l'appartement tel qu'il apparaît dans l'acte notarié et dans les déclarations fiscales. Dans ce cas la demande de **B.)** serait à déclarer mal fondée. Subsidiairement, elle demande que la loi allemande soit écartée comme étant incompatible avec l'ordre public luxembourgeois qui s'oppose à ce qu'une convention de divorce réglant les droits patrimoniaux des parties soit remise en cause dans la suite.

L'appelante affirme que si elle avait su qu'elle ne garderait pas l'appartement sis à **(…)**, elle n'aurait pas accepté les conditions du « *Trennungsvertrag* ».

Elle demande encore que sa déclaration écrite reconnaissant la copropriété de **B.)** sur l'appartement soit écartée comme contraire à l'ordre public.

Elle conteste la demande en remboursement des frais que l'intimé aurait déboursés pour l'entretien de l'immeuble.

En cas de confirmation des jugements elle demande le renvoi des parties devant le tribunal pour qu'il statue sur le montant dû à l'intimé.

L'appelante demande la condamnation de l'intimé à lui payer une indemnité de procédure de 50.000.- francs.

L'intimé conclut à la confirmation des jugements entrepris et à l'évocation de la cause par la Cour d'appel. Il demande à son tour une indemnité de procédure de 100.000.- francs.

Quant à la base légale de la demande

La cause de la demande consiste dans l'ensemble des faits invoqués par le demandeur à l'appui de sa prétention, sans englober la qualification juridique de ces faits qui, elle ressortit du pouvoir du juge auquel il incombe de toiser le litige suivant les règles de droit objectivement applicables, quoique non invoquées par le demandeur (Cour d'appel 8 janvier 1997, numéro du rôle 16404, **Ap.)** c/ La Prévoyance Sociale).

En l'espèce, **B.)** avait, pour justifier sa demande en paiement, indiqué dans l'assignation du 6 janvier 1998, que les parties avaient acquis ensemble un appartement en date du 27 juin 1972 ; que cet appartement leur appartient en indivision ; que lors du divorce des parties cette indivision n'avait pas été liquidée ; que nonobstant un engagement pris par la partie adverse de ne pas vendre l'appartement à un prix inférieur à 700.000 DM, et, en cas de vente, de partager le prix obtenu par moitié avec le coindivisaire, celle-ci a vendu l'immeuble et refuse de verser le montant de 350.000 DM au demandeur ; que celui-ci a encore supporté des frais pour l'entretien et la rénovation de l'appartement ; que la défenderesse lui doit de ce chef 6.745,63 DM.

Il s'ensuit que **B.)** fait état tant de sa qualité de coindivisaire que d'une convention des parties quant à un prix de vente minimum et au partage de celui-ci.

Si sa qualité de coindivisaire est établie, il a droit à la moitié du prix de vente obtenu même si le prix est inférieur à 700.000 DM ainsi qu'au remboursement de la moitié des frais exposés pour la conservation du bien indivis. Pour obtenir la moitié du prix de vente minimum dont **B.)** se prévaut, il doit se fonder sur la convention conclue entre parties dont il fait état. Le principe du droit invoqué par **B.)** se fonde sur le partage du bien indivis, le montant sur la convention relative au prix de vente.

La demande s'appuyant sur cette double cause, les droits que l'intimé peut faire valoir dans le partage en sa qualité d'indivisaire ne peuvent donc être considérés comme une base légale nouvelle.

Quant à la loi applicable à la convention sur le prix de vente de l'appartement

Dans la recherche de la loi régissant l'obligation litigieuse, il y a lieu de se référer à la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, introduite dans notre droit interne par la loi du 27 mars 1986.

Il est constant en cause que les parties n'ont pas choisi de loi applicable à leurs relations contractuelles. D'après les paragraphes 1 et 2 de l'article 4 de la Convention de Rome, le contrat est dans ce cas régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits et il est présumé que le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle. Suivant le paragraphe 3, dans la mesure où le contrat a pour objet un droit réel immobilier ou un droit d'utilisation d'un immeuble, il est présumé que le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où est situé l'immeuble. Enfin, suivant le paragraphe 5 l'application du § 2 est écartée lorsque la prestation caractéristique ne peut être déterminée. Les présomptions des §§ 2, 3 et 4 sont écartées lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays.

La convention dont fait état **B.)** n'a pas pour objet un droit réel immobilier. L'engagement de ne pas vendre en dessous d'un prix déterminé, à le supposer établi, crée un droit personnel. La convention en question ne contient pas de prestation caractéristique. L'obligation de verser la moitié du prix de vente obtenue au coindivisaire qu'elle sous-tend, a comme fondement le droit légal au partage des indivisaires. En outre la convention ne stipule pas de lieu du paiement. Le contrat doit partant être régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits conformément au principe général énoncé à l'article 4, §1 de la Convention. En l'espèce, le lien avec le Luxembourg se fonde exclusivement sur la situation de l'appartement. Ce lien n'est cependant pas significatif en qui concerne la convention en cause qui n'a trait ni à un droit réel, ni à un droit d'utilisation de l'immeuble, ni au régime de l'indivision et sa liquidation, mais à la fixation d'un prix minimum auquel l'appelante pourrait vendre l'appartement. Le prix de vente se substitue par une subrogation réelle au bien immobilier indivis vendu. La circonstance que les fonds ont été versés sur un compte bancaire en Suisse ne fournit pas de critère de rattachement valable. Il en est de même de la résidence de l'appelante en Italie lors de la conclusion de la convention, qui apparaît comme fortuite et sans lien avec la convention en cause. Celle-ci présente les liens les plus étroits avec l'Allemagne. Les deux parties sont de nationalité allemande ; elles étaient mariés sous le régime de la séparation de biens du droit allemand et elles résidaient en Allemagne au moins jusqu'à leur divorce. Il faut donc admettre que les parties s'étaient implicitement référé à la loi allemande en concluant la convention dont l'intimé fait état. La convention en question est partant soumise quant au fond à la loi allemande. En application de l'article 9 de la Convention, cette loi régit également la forme de l'acte.

Suivant l'article 14, alinéa 2, de la Convention, les actes juridiques peuvent être prouvés par tout mode de preuve admis soit par la loi du for, soit par l'une des lois visées par l'article 9, selon laquelle l'acte est valable quant à la forme (à savoir la loi qui régit le contrat quant au fond), pour autant que la

preuve puisse être administrée selon ce mode devant le tribunal saisi. Cette réserve signifie que le mode de preuve retenu par la loi qui régit la forme (et le fond) est admissible même si la loi du for l'ignore, mais à condition que l'administration de la preuve qui découle de cette admissibilité soit possible devant le tribunal saisi (cf. Jurisclasseur Droit Européen, fasc. 3201, n° 163).

C'est partant à tort que l'appelante fait état de l'article 1341 du code civil pour soutenir que l'offre de preuve par témoin formée par l'intimé serait irrecevable.

La convention de divorce entre parties

La convention du 12 mars 1994 relative au divorce, intitulée "*Trennungsvertrag*", par laquelle les parties avaient réglé leurs prétentions quant au domicile conjugal, l'immeuble commercial sis à **(…)**, les parts sociales de la société **B.)** GmbH, les pensions alimentaires de l'épouse et des enfants communs et les droits d'assurance maladie est soumise à la loi allemande. La pension alimentaire due à l'épouse est régie par la loi appliquée au divorce, l'entretien des enfants mineurs est soumis à la loi du pays de leur résidence habituelle, la liquidation des indivisions entre parties est soumise à la loi de la situation des immeubles et celle des parts sociales à la loi de la société commerciale.

L'objet de cette convention est limitée aux prétentions qui y sont mentionnées et réglées. Les droits des parties quant à l'appartement sis à **(…)** ne sont pas affectés par la susdite convention. En effet, la clause stipulant que "*Mit Erfüllung dieses Vertrages sind sämtliche gegenseitigen Ansprüche der Parteien aus ihrer Ehe und aus den Eigentumsrechten aus ihrem gemeinsamen Grundbesitz in der **(…)**, in **(…)** und den Geschäftsanteilen an der **B.)** GmbH ausgeglichen*"; ne permet de soutenir que l'intimé aurait entendu renoncer à la contre-lettre établie par l'appelante et reconnaître la propriété exclusive de celle-ci sur l'appartement telle qu'elle apparaît dans l'acte notarié du 26 juillet 1972. L'intimé n'est partant pas forclos, comme le soutient l'appelante, à réclamer la moitié du prix de vente convenu.

L'appelante soulève encore l'incompatibilité de la loi allemande avec l'ordre public luxembourgeois en ce que la loi étrangère permet à des époux divorcés par consentement mutuel, qui ont réglé leurs prétentions patrimoniales au moyen d'un "*Trennungsvertrag*" conclu antérieurement au divorce, de saisir un tribunal afin de régler certains droits patrimoniaux qui ne furent liquidés ni par la convention antérieure au divorce ni par le jugement de divorce.

Les parties étaient en l'espèce mariées sous le régime de la séparation de biens. En droit allemand, la conséquence en était, non l'inexistence d'une masse commune de biens, le régime légal de la « *Zugewinngemeinschaft* » ignorant la communauté de biens, mais l'exclusion du « *Zugewinn* ». Les biens acquis par chacun des conjoint pendant le mariage demeurent la propriété de la partie qui les a acquis. Rien n'empêche cependant des époux d'acquérir ensemble des biens dont ils deviennent copropriétaires suivant le

droit commun. Lors du divorce, il n'y avait donc à liquider ni de communauté ni de « *Zugewinnausgleich* ». Il était loisible aux parties de liquider, à l'occasion du divorce, les indivisions qui s'étaient créées entre elles, mais comme le divorce reste sans incidence quant à ces indivisions, elles n'étaient pas obligées, en droit, d'y procéder. Des époux divorcés peuvent comme toutes les autres personnes mariées ou non être copropriétaires d'un bien indivis et procéder au partage quand bon leur semble. La solution est la même en droit luxembourgeois pour des époux mariés sous le régime de la séparation des biens. L'ordre public luxembourgeois n'est partant pas en cause.

Quant à l'erreur dont **A.)** fait état en soutenant que si elle avait su qu'elle ne garderait pas l'appartement à **(…)**, elle n'aurait pas accepté les conditions du "*Trennungsvertrag*". Il y a cependant lieu de constater qu'elle ne tire aucune conséquence juridique de l'erreur ainsi allégué en omettant de conclure à l'annulation de la convention réglant la liquidation des intérêts patrimoniales des parties suite au divorce en application de l'article 119 du B.G.B. L'allégation d'un erreur reste partant sans effet.

Quant à la simulation

A.) demande l'annulation de l'acte déclaratif qu'elle avait rédigé sous seing privé le 10 octobre 1975 suivant lequel l'appartement est à considérer comme la copropriété des parties. Cet acte serait contraire à l'ordre public en ce qu'il aurait pour objet de frauder le fisc.

L'acte sous seing privé en question complète l'acte notarié de vente du 27 juin 1972 en révélant que l'appartement est à considérer comme la copropriété des époux **B.)-A.)**. Même si cet écrit a été établi postérieurement à l'acte de vente, il existe cependant une simultanéité intellectuelle entre les deux actes. L'écrit établi par l'appelante constitue une contre-lettre, l'opération montée par les parties étant à qualifier de simulation. L'objet de la contre-lettre étant de reconnaître, entre parties, à l'intimé la qualité de copropriétaire de l'appartement, celle-ci est soumise à la loi de la situation de l'immeuble en application de l'article 4 (3) de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles. L'acte notarié de vente du 27 juin 1972 est lui-même régi par la loi luxembourgeoise.

La simulation n'est pas en soi une cause de nullité de l'acte qui en est l'objet. Les parties demeurent liées par la contre-lettre à condition qu'elle soit en elle-même un acte valable, les parties ayant le droit de faire secrètement ce qu'elles ont le droit de faire ouvertement. Comme les parties peuvent acquérir valablement ensemble, elles sont également admises à déclarer dans une contre-lettre que le bien acquis par un seul époux suivant l'acte apparent, constitue en réalité leur propriété commune.

Cependant la simulation peut être utilisée en vue de réaliser d'une fraude à la loi et notamment une fraude fiscale. En l'espèce, une fraude que ce soit au préjudice du fisc luxembourgeois ou du fisc allemand n'est pas établie.

Suivant l'article 4 de la Convention du 23 août 1958 tendant à éviter les doubles impositions conclue entre le Luxembourg et l'Allemagne les revenus locatifs produits par les biens immobiliers sont imposables dans l'État de la situation de l'immeuble (cf. aussi Droit Fiscal International, Jean Schaffner, revenus immobiliers, n° 5.1., territorialité de l'impôt sur la fortune n° 12). En application de cette disposition, l'appelante, qui percevait les loyers, a été imposée au Luxembourg. L'impôt sur la fortune ainsi que l'impôt foncier ont également été payés au Luxembourg. Il n'est en l'espèce pas prouvé que le fisc luxembourgeois eût été lésé du fait que ces impôts avaient été réglés par l'une seule des parties au lieu de l'être par les deux. L'on ne saurait reprocher à l'intimé de n'avoir pas fait de déclaration fiscale quant à la plus-value réalisée suite à la vente de l'immeuble étant donné qu'il n'a pas touché le prix de vente. Même à supposer que le fisc eût été lésée par la situation créée par l'acte ostensible, il lui est toujours loisible, en sa qualité de tiers, d'invoquer l'acte secret contre les parties pour rentrer dans ses droits. En l'absence de fraude prouvée, l'appelante ne peut opposer à l'intimé l'adage « *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* ». En outre, l'application de l'adage suppose non seulement que le contrat soit illicite, mais qu'il soit immoral. Si la fraude fiscale, à la supposer établie, est certes illicite, elle n'est pour autant pas forcément immoral.

Ce n'est qu'exceptionnellement que la loi sanctionne la simulation en édictant la nullité de la contre-lettre. Ainsi la loi du 28 janvier 1948 sur la juste perception des droits d'enregistrement, article 1er, déclare nulle et de nul effet toute convention ayant pour but de dissiper partie du prix d'une vente d'immeuble et de tout ou partie de la soulte d'un échange ou d'un partage comprenant des biens immeubles. Cette disposition, qui n'est pas applicable en l'espèce étant donné que la sincérité du prix de vente n'est pas en cause, ne peut être étendue à des cas de fraude qu'elle ne vise pas. Une loi qui édicte des sanctions est d'interprétation stricte et ne peut donc être appliquée par analogie.

Par conséquent la contre-lettre doit produire ses effets entre parties.

Quant à la demande en paiement des frais d'entretien et de rénovation

La demande en paiement portant sur le montant de 6745,63 DM du chef de frais d'entretien et de rénovation de l'appartement exposés par l'intimé est justifiée par les pièces versées en cause.

Le jugement entrepris est par conséquent à confirmer.

Quant à demande en évocation du litige.

Le jugement entrepris étant à confirmer, les conditions de l'évocation édictées par l'article 597 du NCPC ne sont pas données.

Si la Cour d'appel confirme un jugement ordonnant une mesure d'instruction, elle doit en principe renvoyer les parties devant les premiers juges pour que ceux-ci statuent au fond, sauf si les parties acceptent de discuter devant la Cour d'appel les résultat de la mesure d'instruction (Cour 5 juin 1996, numéro du rôle 17871, aff. **K.)** c/ Le Foyer). En l'occurrence,

l'appelante a demandé le renvoi de la cause devant le tribunal pour qu'il y soit statué au fond. Il y a lieu de faire droit à cette demande.

A.) ayant succombé en instance d'appel doit en supporter les frais et dépens. Elle ne saurait partant prétendre au paiement d'une indemnité de procédure en application de l'article 240 du NCPC.

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

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

la Cour d'appel, première chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement et sur le rapport du magistrat de la mise en état, le représentant du Ministère Public entendu,

déclare l'appel recevable mais non fondé ;

confirme le jugement entrepris ;

renvoie la cause par devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg pour qu'il y soit statué au fond de l'affaire ;

dit non fondées les demandes des parties tendant au paiement d'une indemnité de procédure et les en déboute ;

condamne **A.)** aux frais et dépens de l'instance d'appel avec distraction au profit de Maître Marc KLEYR, avocat concluant, qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance.

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.