A r r ê t c i v i l

Audience publique du mercredi, onze mai deux mille cinq.

Numéro 22 995 du rôle.

Composition :

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

E n t r e :

A.), indépendant, demeurant à L-**(…)**,

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Guy ENGEL de Luxembourg en date du 14 janvier 1999,

comparant par Maître Michel KARP, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

B.), employée privée, demeurant à L-**(…)**,

intimée aux fins du prédit exploit ENGEL,

comparant par Maître Gaston VOGEL, 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 **B.)** contre **A.)**, sur la demande reconventionnelle en divorce de celui-ci et sur les mesures accessoires au divorce, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a, par jugement du 17 décembre 1998, déclaré les demandes fondées et prononcé le divorce entre parties en application de l'article 1565 alinéa 1 du BGB ; dit la loi allemande applicable au régime matrimonial et dit qu'il sera procédé à la liquidation et au partage de la communauté de biens existant entre parties et ordonné tous devoirs à ces fins ; ordonné la licitation de la maison d'habitation, sise à **(...)**, acquise en commun par les deux parties ; confié la garde des enfants communs mineurs à leur mère et accordé au père un droit de visite et d'hébergement ; condamné **A.)** à payer à **B.)** une contribution mensuelle de 20.000.- francs aux frais d'entretien et d'éducation des enfants, à raison de 10.000.- francs par enfant, dit non fondée la demande en dommages et intérêts formée par **A.)** sur base de l'article 1382 du code civil et dit encore non fondée la demande de **B.)** en report des effets de la dissolution de la communauté.

A.) a relevé appel de ce jugement par exploit d'huissier de justice du 14 janvier 1999 pour entendre dire qu'il n'y a pas lieu d'ordonner la licitation de la maison d'habitation qui constituerait un propre dans son chef au motif que la maison aurait été financée par des avoirs propres.

Par conclusions notifiées le 25 janvier 1999, **B.)** a formé appel incident pour faire valoir son droit au « Versorgungsausgleich » conformément aux articles 1587 et ss. du BGB.
Elle demande en outre une indemnité de procédure de 35.000.- francs.

Par ordonnance rendue le 4 décembre 2000, le conseiller de la mise en état a nommé expert Maître Thomas ROSENBAUM, Fachanwalt für Familienrecht, demeurant à D-54290 Trèves, Ostallee 19-21, avec la mission de « concilier les parties si faire se peut, sinon, d'évaluer dans un rapport écrit et motivé, en application du droit allemand applicable, la fortune initiale de chacun des époux au moment du mariage ainsi que la fortune de chaque partie au moment de la dissolution du mariage et de calculer ainsi la créance à laquelle l'une ou l'autre partie peut prétendre au titre du "Zugewinnausgleich"; de se prononcer notamment, dans le cadre de ces opérations sur la question de savoir, si la maison d'habitation des parties, sise à **(...)**, constitue un bien appartenant exclusivement à **A.)** ou s'il est la propriété commune des parties, et si dans ce cas la liquidation de la "Zugewinngemeinschaft" exige sa licitation ».

En date du 26 septembre 2001 les parties ont vendu la maison en question au prix de 441.250 €, de sorte que les conclusions des parties tendant à la licitation, respectivement s'opposant à cette demande, sont devenues sans objet. L'emprunt hypothécaire a été remboursé sur le produit de la vente et chacune des parties a reçu un montant de 49.578,70 € à titre d'acompte. Le solde de 108.633,44 € est toujours détenu par le notaire.

L'expert a déposé un rapport en date du 11 juillet 2002.

La partie **A.)** n'a plus conclu après la vente de l'immeuble. Son avocat a déposé le mandat et aucun autre avocat ne s'est constitué pour l'appelant.

Suivant conclusions notifiées le 12 janvier 2005, **B.)** demande l'entérinement du rapport en ce qu'il conclut au partage du produit de la vente de l'immeuble et du montant de 6.448 € qui avait été remboursé par l'administration des contributions directes à la partie **A.)**. Elle déclare se rallier à la recommandation de l'expert qui conseille aux parties de renoncer mutuellement à leurs demandes relatives au "Zugewinnausgleich", aucune partie n'étant à même de prouver ses prétentions.

Il est établi par les pièces versées en cause que suivant acte notarié du 10 juillet 1996, les époux **A.)-B.)** avaient acquis ensemble un terrain à bâtir sis à **(...)** au prix de 4.050.000.- francs ; que suivant contrat d'entreprise signé le 21 mai 1996 par les deux époux, ceux-ci avaient chargé un entrepreneur de la construction d'une maison unifamiliale au prix de 7.780.000.- francs ; que par contrat de prêt du 25 juillet 1996, les deux époux avaient emprunté une somme de 10.460.000.- francs afin de financer l'achat du terrain et la construction de la maison.
Il s'ensuit que l'immeuble en question était la propriété indivise des deux parties et que chacune d'elle a en principe droit à la moitié du produit de sa vente.

A.) conteste le partage par moitié du prix en vente en affirmant qu'il aurait financé l'immeuble en partie par des fonds propres provenant de la vente de titres ou d'obligations qui lui auraient été remis par ses parents.
Dans ses conclusions notifiées le 17 juin 1999, **A.)** demande acte qu'il offre de prouver par le témoignage de sa mère, **C.)**, demeurant à D-**(...)**, qu'il a reçu en donation de ses parents, au courant de l'année 1988, sans préjudice quant à la date exacte, des titres-obligations au montant de 120.000 DM, portant intérêts à 7% ; que ces fonds propres ont été investis au courant de l'année 1997 dans la construction de l'immeuble sis à **(...)**.
Il verse une attestation délivrée par **C.)** d'après laquelle, il avait reçu de ses parents, en 1988, des titres d'une valeur de 120.000 DM, à titre de donation. Il ne se dégage cependant pas de cette attestation que **A.)** avait employé les titres en vue du financement de la maison. L'attestation versée en cause n'est par conséquent pas pertinente à elle seule. Une audition de **C.)** à titre de témoin au sujet de l'emploi des titres est superflue étant donné qu'elle n'a pu fournir aucune précision à ce sujet dans son attestation. En outre, la cession ou la liquidation des titres, le dépôt des fonds provenant de la cession sur un compte bancaire et l'emploi desdits fonds sont constatés par des documents bancaires et se prouvent normalement par la production de ces pièces justificatives et non par le témoignage d'une personne tierce qui n'a pas personnellement assisté à ces opérations et qui, tout au plus, pourrait rapporter les allégations de la partie qui assume la charge de la preuve. L'offre de preuve par témoins est donc à déclarer irrecevable.

Le produit de la vente de l'immeuble revient dès lors pour moitié à chacune des parties.

L'appel interjeté par **A.)** n'est par conséquent pas fondé.

B.) demande la condamnation de **A.)** à lui payer un montant de 44.615 € à titre d'indemnité d'occupation, **A.)** ayant habité seul l'immeuble commun depuis la séparation des parties, le 21 août 1997, au 26 septembre 2001, date de la vente.
Elle demande encore la condamnation de **A.)** à lui payer 23.235,02 € du chef d'arriérés de contributions aux frais d'entretien et d'éducation des enfants communs du mois d'octobre 2001 au mois de mars 2005.
Affirmant que **A.)** s'était vu rembourser un montant de 6.449,50 € par l'administration des contributions directes en 1998, elle réclame la moitié de cet argent.
Elle demande à être autorisée à prélever sa créance sur la part des fonds communs revenant à la partie adverse.
Elle demande acte qu'elle se réserve tous droits quant au partage des effets mobiliers qui s'étaient trouvés dans l'ancien domicile conjugal ainsi qu'à un éventuel droit au « Versorgungsausgleich ».
Elle réclame une indemnité de procédure de 870 €.

Les demandes de l'intimée s'analysent en un appel incident contre le jugement du 17 décembre 1998.

B.) entend baser sa demande en obtention d'une indemnité d'occupation principalement sur l'article 1361 b, alinéa 2, du BGB et subsidiairement sur l'article 815-9 du code civil.

Il est constant en cause que l'intimée avait quitté le domicile conjugal le 21 août 1997 et que l'appelant a continué à y résider même après le divorce jusqu'au jour de la vente de l'immeuble indivis.

L'organisation de cette indivision relève la loi de la situation de l'immeuble, donc de la loi luxembourgeoise (Loussouarn et Bourrel, Précis Dalloz, D.I.P. 6e éd. 1999, n° 435, p. 518 ; Encyclopédie Dalloz, D.I.P. v° successions, n° 209), y compris, en principe, en ce qui concerne l'application de l'article 815-9 du code civil qui dispose que l'indivisaire qui use ou jouit privativement de la chose indivise est, sauf convention contraire, redevable d'une indemnité. Cependant, pendant le mariage des parties, les conditions dans lesquelles l'usage du domicile conjugal peut être attribué ou abandonné à l'un des époux sont régies par la loi du mariage (loi personnelle) des époux, en l'espèce la loi allemande. L'article 815-9 du code civil est dès lors écarté par l'article 1361 b du BGB pour déterminer si, et dans quelles conditions, un époux peut réclamer une indemnité d'occupation à son conjoint qui jouit privativement du domicile conjugal. Mais le divorce une fois coulé en force de chose jugée, les parties sont dans la situation d'indivisaires quelconques qui sont copropriétaires d'un immeuble, de sorte que l'article 815-9 du code civil redevient applicable.

La séparation de fait des époux est régie par les articles 1361 et ss. du BGB en ce qui concerne l'obligation alimentaire entre époux, l'usage du domicile conjugal et le partage des effets mobiliers.
Suivant l'article 1361 b, alinéa 4, lorsqu'un époux a quitté le domicile conjugal pour vivre séparé et s'il n'a pas dans un délai de six mois après son départ manifesté son intention de réintégrer le domicile conjugal, il est présumé irréfragablement avoir laissé l'usage exclusif du domicile conjugal au conjoint. Suivant l'alinéa 3 du même article, l'époux qui a laissé le domicile conjugal à l'usage de son conjoint, peut réclamer une indemnité d'occupation si l'équité le commande (..*soweit dies der Billigkeit entspricht*).
Cependant, même si elle est justifiée par l'équité, une indemnité d'occupation n'est pas due rétroactivement. Le conjoint qui continue à habiter le domicile conjugal n'est redevable d'une indemnité qu'à partir d'une demande non équivoque de l'époux qui la réclame afin de permettre au conjoint de se trouver, le cas échéant, une résidence à des conditions plus avantageuses (cf. Palandt, BGB, Verlag C. H. Beck, 2004, § 1361 b, commentaire n° 23, e), page 1642 ; une demande est également requise suivant le droit commun : cf. § 745 BGB, commentaire n° 2, page 1119 (..*ab dem Zeitpunkt des Verlangens*).
Il ne ressort pas des éléments de la cause que **B.)** eût jamais réclamé une indemnité d'occupation à son mari pendant la séparation des parties ou pendant l'instance en divorce.
La demande en obtention d'une indemnité d'occupation est partant à déclarer non fondée pour la période du 21 août 1997 au 23 mars 1999. En effet, le divorce est coulé en force de chose jugée le 24 février 1999, le jugement de divorce ayant été signifié le 14 janvier 1999 et transcrit sur les registres de l'état civil de la Ville de Luxembourg le 10 mars 1999.

En revanche, la demande est fondée pour la période du 24 février 1999 au 26 septembre 2001. L'indemnité réclamée de 919,27 € par mois correspond au manque à gagner subi par **B.)** du fait que l'immeuble avait été habité par **A.)**, au lieu d'avoir été donné en location.
La demande est fondée pour le montant de 28.527,95 €.

Suivant décompte établi par l'intimée, l'appelant lui redoit à titre de contribution aux frais d'entretien et d'éducation des enfants communs du mois d'octobre 2001 au mois de mars 2005, la somme de 23.235,02 €.
La demande est partant fondée à concurrence du montant réclamé.

Il ressort d'un ordre de virement versé en cause que **A.)** s'est vu créditer son compte auprès de la **BQUE.1.)**, par l'administration des contributions directes d'un montant de 260.172.- francs, soit 6.449,50 €, du chef de remboursement d'un trop-payé sur l'impôt sur le revenu de l'exercice 1996.
B.) réclame la moitié de cette somme, soit le montant de 3.224,75 €.

Il est établi par la procédure de référé versée en cause que **A.)**, qui suivant ordonnance du 12 novembre 1997, avait été condamné à verser à son épouse

une pension alimentaire de 50.000.- francs par mois, avait été déchargé du paiement de cette pension par ordonnance du 29 octobre 1998, au motif que la créancière d'aliments avait un emploi depuis le mois de décembre 1997.
Il faut en induire qu'elle n'avait pas d'occupation salariée auparavant et notamment en 1996. Il s'ensuit que bien que les époux soient imposés collectivement, la dette fiscale sur le revenu de l'année 1996 était née exclusivement du chef de **A.)**.
Comme il n'existe pas de communauté de biens dans le régime allemand de la «Zugewinngemeinschaft», qui fonctionne quant à la propriété des biens et des revenus des époux comme un régime de séparation de biens, les fonds remboursés sont en principe un bien propre de **A.)**. **B.)** n'a pas indiqué à quel titre elle serait fondée à réclamer la moitié des fonds remboursés à **A.)** par l'administration des contributions directes.
Bien que l'expert, Maître Th. Rosenbaum, se prononce en faveur d'un partage du trop-perçu restitué, il ne fournit cependant le moindre élément pour justifier cette solution, de sorte que compte tenu des données exposées supra, il n'y a pas lieu d'entériner l'expertise sur ce point.
La demande est dès lors à déclarer non fondée.

Comme la partie appelante succombe en instance d'appel et devra supporter l'intégralité des dépens, elle ne peut prétendre à l'allocation d'une indemnité de procédure.

Il serait en revanche inéquitable de laisser à la charge de la partie intimée l'ensemble des sommes exposées par elle et non comprises dans les dépens.
Quant au montant à allouer, la Cour ne peut prendre en considération que les honoraires d'avocat pour évaluer l'indemnité à allouer étant donné que la partie intimée n'a ni allégué ni prouvé avoir eu à supporter d'autres frais que des honoraires d'avocat qui, eu égard au caractère confidentiel qui leur est attaché, n'ont pas à être documentés par des pièces justificatives.
Compte tenu de l'import de l'affaire, des difficultés qu'elle comporte et des soins qu'elle exige, l'indemnité est à évaluer au montant de 800 €.

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,

déclare l'appel principal recevable ;

le dit non fondé ;

donne acte à **B.)** de son appel incident ;

le déclare recevable et partiellement fondé ;

dit que le solde du produit de la vente de l'immeuble commun détenu par le notaire, Maître Paul Decker, revient en principe, pour moitié, à chacune des parties ;

condamne **A.)** à payer à **B.)** le montant de 28.527,97 € à titre d'indemnité d'occupation et le montant de 23.235,02 € à titre de contribution aux frais d'entretien et d'éducation des enfants communs du mois d'octobre 2001 au mois de mars 2005 ;

dit non fondée la demande de **B.)** en paiement d'une indemnité d'occupation pour la période du 21 août 1997 au 23 février 1999 ;

dit non fondée la demande de **B.)** tendant à se faire attribuer le montant de 3.224,75 €;

dit non fondée la demande de **A.)** en obtention d'une indemnité de procédure et l'en déboute ;

condamne **A.)** à payer à **B.)** une indemnité de procédure de 800 € ;

dit que les condamnations à charge de **A.)** sont exécutées par prélèvement sur sa part dans le produit de la vente de l'immeuble commun, détenue par le notaire, Maître Paul Decker ;

donne acte à **B.)** qu'elle se réserve tous droits quant au partage des effets mobiliers qui s'étaient trouvés dans l'ancien domicile conjugal ainsi qu'à un éventuel droit au « Versorgungsausgleich ».

met les frais de l'expertise Rosenbaum indivisiblement à charge des deux parties ;

condamne **A.)** aux frais et dépens de l'instance avec distraction au profit de Maître Gaston VOGEL, avocat, qui affirme en avoir faire 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.