A r r ê t c i v i l

Audience publique du mercredi, premier février deux mille six.

Numéro 30 119 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.) , sans état, demeurant à L-(…), (…),

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Alex MERTZIG de Diekirch en date du 03 mai 2005,

comparant par Maître Rosario GRASSO, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

B.), pensionné, demeurant à L-(…), (…),

intimé aux fins du prédit exploit MERTZIG,

comparant par Maître Lydie LORANG, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

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

Statuant sur les prétentions des parties **B.)** et **A.)** consignées au procès-verbal de difficultés dressé le 7 février 2001, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a, par jugement du 24 février 2005, dit que la maison d'habitation construite par les parties à (…), (…), constitue un bien commun en application de l'article 1406, alinéa 2, du code civil, la valeur des constructions effectuées en cours de communauté et présumées financées par des fonds communs dépassant de loin la valeur de l'immeuble au jour du mariage suivant les constatations de l'expert.

A.) a demandé une récompense sur 2.082 € (83.972.- francs) correspondant aux remboursements effectués par elle sur deux prêts contractés les 24 janvier et 27 novembre 1977. En l'absence de contestations de la part de **B.)**, le tribunal a fait droit à cette demande en donnant toutefois à considérer qu'**A.)** aurait en principe droit à une récompense plus importante représentant la valeur des constructions existant au moment du mariage, peu importe le financement des constructions, mais que le tribunal ne saurait statuer *ultra petita*.

En instance d'appel, **A.)** demande une récompense correspondant à la valeur de l'immeuble au jour du mariage, soit 69.974,21 €.
B.) soulève l'irrecevabilité de cette demande au motif qu'il s'agirait d'une demande nouvelle en instance d'appel.
En première instance, **A.)** avait demandé une récompense de 2.082 € (83.972.- francs) correspondant aux remboursements effectués par elle sur deux crédits contractés les 24 janvier et 27 novembre 1977. En instance d'appel, elle réclame une récompense de 69.974,21 €, soit 2.822.753.- francs, montant qui correspond à la valeur totale de la propriété immobilière comprenant la valeur du terrain et de la construction à la date du mariage, 29 juin 1978. Cette demande ne constitue pas une évaluation rectifiée de la récompense demandée en 1^{ére} instance, mais elle a trait à une récompense différente de celle-ci par son objet.
Cependant, en matière de liquidation et de partage, les parties sont respectivement demanderesses et défenderesses. Il s'ensuit que les demandes produites en appel seulement doivent toujours être considérées comme des défenses élevées contre les prétentions des copartageants et ne peuvent, dès lors, être écartées comme demandes nouvelles (Cour 10 mai 1901, 5, 458).
La demande en récompense présentée en instance d'appel est partant recevable.
Comme le montant réclamé à titre de récompense tel que fixé par l'expert Jean-Claude Hengen, n'est pas contesté, il y a lieu, par réformation du jugement entrepris, de fixer la récompense due par la communauté à **A.)** à 69.974,21 € au lieu de 2.082 €.

Le tribunal a encore entériné le rapport d'expertise chiffrant la créance de **B.)** sur **A.)** du chef de fonds propres investis avant mariage dans l'immeuble appartenant à **A.)** à la somme de 21.762,40 €.

A.) conteste que **B.)** aurait investi des fonds personnels. Elle réitère sa demande tendant à donner injonction à l'intimé de produire ses fiches de salaire de novembre 1976 à juin 1995 aux fins de vérifier s'il a effectivement été en mesure de régler les factures en question au moyen de fonds propres. L'appelante soutient que toutes les factures furent réglées au moyen des revenus qu'elle tirait de l'exploitation de son commerce.
C.) conteste ces affirmations.
Il forme appel incident pour entendre dire qu'il a droit aux intérêts légaux sur le montant de 21.762,40 € à partir des décaissements, sinon à partir de la demande en justice jusqu'à solde.

Il appartient à **A.)** de prouver que les paiements des factures relatives à la construction effectués par **B.)** avant le mariage avaient été faites au moyen de fonds appartenant à elle. Il faut en effet présumer que les paiements effectués à partir des comptes bancaires ouverts au nom de l'intimé ont été faits avec des fonds personnels à celui-ci. Il en est de même des factures acquittées comptant.

Le tribunal a à juste titre déclaré irrecevable la mesure d'instruction sollicitée par **A.)** demandant à **B.)** de produire les fiches de salaire des années 1976 à 1995 en relevant que cette demande à trait à une période qui est en très grande partie postérieure à la date de paiement des factures et qu'elle n'est pas pertinente parce que le montant des revenus mensuels de **B.)**, qui disposait d'un traitement de policier, ne saurait suffire à lui seul à renverser la présomption qu'il avait acquitté les factures d'un import total de 21.762,40 € au moyen de fonds personnels.

Le jugement entrepris est par conséquent à confirmer en ce qu'il a retenu une créance de 21.762,40 € au profit de **B.)** sur **A.)**.
S'agissant d'une créance personnelle entre parties, les intérêts moratoires sont dus à partir de la demande en justice, à défaut de mise en demeure antérieure. L'appel incident de **B.)** est par conséquent fondé.

Le tribunal a condamné **A.)** à payer à **B.)** une indemnité d'occupation de 1.041,50 € par mois pour la maison commune sise à (…) à partir du 14 septembre 1995 jusqu'à la date de la cessation de l'occupation privative des lieux. Le tribunal a sursis à statuer quant à la demande en paiement d'une indemnité d'occupation pour la maison commune sise en Italie en attendant la détermination de la valeur de cet immeuble.

A.) soutient que l'indemnité d'occupation serait prescrite en application de l'article 2277 du code civil.
B.) soutient que la fin de non-recevoir tirée de la prescription serait irrecevable en instance d'appel parce qu'elle aurait dû être soulevée *in limine litis* en première instance. Subsidiairement, il soutient que la prescription n'a pu commencer à courir qu'à partir du moment où le caractère commun de l'immeuble sis à (…) était établi et où le rapport d'expertise évaluant l'immeuble était déposé. En outre, il fait valoir que la prescription, à supposer qu'elle eût couru, avait été interrompue par la

demande en paiement d'une indemnité d'occupation contenue dans les conclusions notifiées le 8 février 2002.

Le moyen tiré de la prescription s'analyse en une fin de non-recevoir qui peut être soulevé en tout état de cause et même pour la première fois en instance d'appel.
L'indemnité d'occupation est soumise à la prescription quinquennale de l'article 2277 du code civil (Chambre mixte de la Cour de cassation du 12 avril 2002 (Bull. civ., n° 3; D. 2002. 2905, note E Perret-Richard, D. 2003, Somm. p. 734). En effet, le montant de l'indemnité d'occupation varie proportionnellement avec le temps passé dans les lieux par l'occupant. L'indemnité d'occupation constitue partant une dette périodique soumise à la prescription de l'article 2277 du code civil peu importe que le montant de la dette soit exprimé globalement ou sous forme d'indemnité mensuelle.

Par conclusions notifiées le 8 février 2002, **B.)** avait réclamé une indemnité d'occupation tant pour l'immeuble sis à (…) que pour celui sis à (…), Italie.
Les conclusions constituent une demande en justice assimilable à une citation en justice et sont, à ce titre, interruptives de la prescription conformément à l'article 2244 du code civil.
Il s'ensuit que la demande en paiement d'une indemnité de procédure est irrecevable quant aux indemnités ayant couru du 14 septembre 1995 (date de la dissolution de la communauté) au 7 février 1997 et que la demande est recevable pour les indemnités échues à partir du 8 février 1997.
La circonstance que les parties étaient en litige quant à la nature propre ou commune de l'immeuble sis à (…) et quant à sa valeur ne constitue pas une impossibilité d'agir dans le chef de **B.)** de nature à empêcher la prescription de courir en vertu de l'adage « *contra non valentem agere non currit praescriptio* ».

Subsidiairement, l'appelante fait valoir qu'aucune indemnité d'occupation ne serait due au motif que l'occupation privative de la maison à (…) constituerait une exécution en nature de l'obligation de secours et d'assistance entre époux. Plus subsidiairement, elle demande que l'indemnité d'occupation soit ramenée à de plus justes proportions et qu'il n'y a pas lieu de la calculer par référence à la valeur locative de l'immeuble.

Il est constant en cause qu'**A.)** s'était vu refuser une pension alimentaire tant pendant l'instance en divorce qu'après divorce au motif qu'elle n'avait pas établi son état de besoin compte tenu de la rente de l'ordre de 35.000.- francs qu'elle touchait à l'époque et du fait qu'elle n'avait pas de dépense de loyer à sa charge. Comme **A.)** n'aurait pas pu vivre de la seule rente si elle avait encore eu des frais de logement à supporter, elle était créancière d'aliments et pouvait prétendre à un secours alimentaire d'appoint. Il faut donc admettre que l'habitation gratuite de l'immeuble commun sis à (…) a, au moins en partie, constitué une exécution en nature de l'obligation de secours entre époux pendant l'instance en divorce, respectivement de l'obligation alimentaire après divorce. Mais dans la mesure où l'occupation

de l'ensemble de l'immeuble indivis excède le besoin de logement de l'appelante, celle-ci reste redevable d'une indemnité d'occupation. Il est en effet établi par le certificat de résidence établi le 28 octobre 2005 par l'administration communale de (…) qu'**A.)** habite la maison d'habitation sis au n° (…), (…) à (…), ensemble avec **C.)**, fille d'un premier mariage d'**A.)**, et son gendre **D.)**, de sorte que l'appelante peut réclamer une participation de ces personnes au coût de l'occupation de l'immeuble.
Compte tenu des besoins et facultés des parties, la Cour évalue l'ensemble des frais incompressibles de l'appelante, y compris les frais de logement, à 43.000.- francs. Comme le besoin de logement justifie une créance alimentaire de 8.000.- francs ou 198,31 € par mois (43.000-35.000), il y a lieu de compenser cette créance avec l'indemnité d'occupation due par l'appelante à l'intimé et donc de réduire cette indemnité d'occupation à concurrence de ce montant.

C'est cependant à bon droit que le tribunal a fixé l'indemnité d'occupation en se référant à la valeur de l'immeuble estimée par l'expert Hengen et au loyer qu'il aurait pu rapporter aux indivisaires. Compte tenu de ces critères, il y a lieu de confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a fixé l'indemnité d'occupation due à l'indivision à 25.000 € par an.
L'indemnité d'occupation due à **B.)** par **A.)** est par conséquent de 1.041,50 - 198,31, soit 843,19 € par mois à partir du 8 février 1997 jusqu'à la date de la cessation de l'occupation privative de l'immeuble indivis par **A.)**. L'indemnité due par un indivisaire pour la jouissance d'un bien de l'indivision porte intérêt à compter de la décision qui la détermine.

B.) demande la compensation de la créance d'**A.)** avec les montants qui lui reviennent.
Il y a lieu de faire droit à cette demande.

Comme le tribunal n'a pas encore statué sur l'indemnité d'occupation réclamée par **B.)** pour l'immeuble sis à (…) en Italie, il y a lieu de renvoyer ce volet aux juges de première instance.

A.) réclame une indemnité de procédure de 2.000 €. **B.)** demande à son tour une indemnité de procédure de 2.500 €.
Les demandes en paiement d'une indemnité formées par les parties en application de l'article 240 du NCPC sont à rejeter au motif qu'elles n'ont pas établi en quoi il serait en l'espèce inéquitable de laisser les frais non compris dans les dépens à leur charge respective.

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 les appel principal et incident recevables ;

les déclare partiellement fondés ;

r é f o r m a n t :

fixe la récompense due par l'indivision post-communautaire à **A.)** à 69.974,21 € ;

dit que la créance de 21.762,40 € de **B.)** sur **A.)** produit des intérêts au taux légal à partir de la demande en justice jusqu'à solde ;

déclare prescrites les indemnités d'occupation échues avant le 8 février 1997 réclamées par **B.)**;

dit recevable la demande en paiement des indemnités d'occupation pour les immeubles sis à (…) et à (…), Italie, échues à partir du 8 février 1997 ;

condamne **A.)** à payer à **B.)** une indemnité d'occupation pour l'immeuble sis à (…) de 843,19 € par mois à partir du 8 février 1997 jusqu'à la date de la cessation de l'occupation privative d'**A.)** avec les intérêts légaux à partir du jour où le présent arrêt est coulé en force de chose jugée ;

ordonne la compensation entre les créances réciproques des parties ;

confirme pour le surplus le jugement entrepris ;

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

renvoie l'affaire en prosécution de cause par devant le tribunal ;

fait masse des frais et dépens et les impose pour moitié à chacune des parties et en ordonne la distraction au profit de Maîtres Rosario GRASSO et Lydie LORANG, avocats, qui la demandent 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.