A r r ê t c i v i l

Audience publique du mercredi, quinze novembre deux mille six.

Numéro 29 349 du rôle.

Composition :

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

E n t r e :

X.) , sans état, demeurant à L-(…), (…),

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Guy ENGEL de Luxembourg en date du 08 septembre 2004,

comparant par Maître Elisabeth MACHADO, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

Y.) , employé privé, demeurant à L-(…) (MERSCH), (…),

intimé aux fins du prédit exploit ENGEL,

comparant par Maître Annick WURTH, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

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

Y.) a, par exploit d'huissier de justice du 25 avril 2003, donné assignation à son ex-épouse **X.)**, pour:
entendre prononcer la rescision pour lésion de plus du quart du partage du 30 novembre 1998 de la communauté de biens ayant existé entre parties et entendre ordonner un nouveau partage de la communauté ;
entendre commettre un notaire pour procéder à la liquidation et au partage de la communauté et un juge pour surveiller les opérations ;
constater l'impartageabilité en nature de l'immeuble sis à (...), (…), inscrite au cadastre de la commune de (...), section A de (...), sous le numéro (…) au lieu dit (…), d'une contenance de 8 ares 97 centiares et entendre ordonner la licitation de cet immeuble ;
en ordre subsidiaire, entendre donner acte au demandeur qu'il offre de prouver par expertise la valeur de l'actif mobilier et immobilier de la communauté des époux **Y.)-X.)** au 30 novembre 1998, y compris la valeur de l'immeuble sis à (...), (…), au 30 novembre 1998 ;
en ordre encore plus subsidiaire, entendre dire que la clause aux termes de laquelle il recevrait 2.100.000.- LUF en cas de vente de l'immeuble est nulle au motif qu'elle constitue une condition purement potestative ;
partant l'assignée s'entendre condamner à lui payer la somme de 52.057,64 € (2.100.000.- LUF) avec les intérêts légaux à partir du 30 novembre 1998, sinon à partir du jour de la demande en justice et jusqu'à solde.

Y.) a exposé à l'appui de ces demandes que par acte dressé le 30 novembre 1998 par Maître Jean-Joseph WAGNER, notaire de résidence à Belvaux, les parties ont liquidé leur communauté matrimoniale, à savoir l'immeuble commun; que les effets mobiliers communs, à savoir comptes en banque, meubles meublants, voitures et valeur de rachat d'une assurance sur la vie, n'ont pas été pris en considération lors de ce partage par-devant notaire ; que l'immeuble, estimé à 9.500.000.- LUF, a été attribué à **X.)** à charge pour elle de reprendre le prêt hypothécaire de 3.150.000.- LUF et de payer à son époux une soulte de 1.000.000.- LUF ; qu'elle s'est en outre engagée à verser un supplément de soulte de 2.100.000.- LUF au cas où elle vendait l'immeuble; que cette dernière clause serait une clause potestative et donc nulle conformément à l'article 1174 du code civil ;
que cependant l'actif de la communauté, à la date du partage, n'était pas uniquement de 9.500.000.- LUF, mais d'au moins 12.920.000.- LUF, étant donné que, selon une expertise, la valeur de la maison était d'au moins 12.410.000.- LUF, montant auquel il faut encore ajouter la valeur des effets mobiliers ; qu'il résulte de ces éléments que le demandeur a été lésé de plus d'un quart, dès lors qu'il aurait dû toucher les trois-quarts de la moitié de l'actif net (4.500.219.- LUF), c'est-à-dire 3.375.164.- LUF.

X.) a conclu à l'irrecevabilité de la demande en rescision au regard de l'article 2052 du code civil. La demande serait encore irrecevable étant donné que **Y.)** aurait expressément accepté le partage et renoncé à toute

action en rescision pour lésion ; que la demande serait encore irrecevable étant donné que le partage fait partie de la convention préalable de divorce par consentement mutuel prévue à l'article 276 du Code civil ; que « *toutes ces dispositions constituent une imbrication d'accords, concessions et renonciations mutuelles qui forment un tout indissociable et indivisible de sorte que le partage doit être déclaré irrévocable et immuable* ».
Quant à la clause dans l'acte de partage obligeant **X.)** à verser à **Y.)** une soulte supplémentaire de 2.100.000.- francs en cas d'aliénation de l'immeuble, il s'agirait d'une condition simplement potestative.
En ordre subsidiaire, la défenderesse a contesté l'évaluation de l'immeuble par **Y.)** ainsi que la récompense à laquelle celui-ci prétend. Elle a accepté par contre les deux récompenses à son profit d'un montant total de 1.300.000.- francs. Le tribunal a encore constaté que les parties sont d'accord à voir englober dans la masse à partager les postes assurance-vie, mobilier acheté pour l'appartement de **Y.)**, les comptes auprès de la B.G.L. et de la DEXIA-BIL. Ces montants se chiffrent au total de 1.110.438.- francs. Quant au mobilier commun, il est évalué par **Y.)** à 600.000.- francs, tandis que **X.)** l'évalue à 350.000.- francs, montant que **Y.)** déclare avoir reçu.

Statuant sur ces demandes, le tribunal a, par jugement du 15 juillet 2004, déclaré la demande en rescision pour lésion du partage recevable ; annulé comme étant purement potestative la clause attribuant à **Y.)** une soulte supplémentaire de 2.100.000.- francs en cas d'aliénation de l'immeuble par **X.)**; constaté une lésion de plus du quart au préjudice de **Y.)** et dit que le partage est à rescinder, déclaré irrecevable la demande de **Y.)** en licitation de l'immeuble ; dit non fondées les demandes de **X.)** en dommages et intérêts pour procédure abusive et vexatoire et en obtention d'une indemnité de procédure et condamné **X.)** aux frais et dépens de l'instance.

Pour déclarer la demande en rescision recevable, le tribunal a retenu que l'article 888 alinéa 1er du code civil dispose que l'action en rescision pour lésion d'un partage de plus du quart est admise contre tout acte qui a pour objet de faire cesser l'indivision entre cohéritiers, encore qu'il fût qualifié de vente, d'échange et de transaction ou de toute autre manière ; que cette disposition, qui aux termes de l'article 1476 du code civil est applicable aux partages de la communauté, constitue une dérogation au principe de l'irrecevabilité d'une demande en rescision pour cause de lésion en cas de transaction entre parties posé par l'article 2052 du code civil ; que l'action en rescision pour cause de lésion de plus du quart est partant admise dans le cadre d'un partage relatif à la liquidation de la communauté opéré en vue d'un divorce par consentement mutuel (Cour 14 juillet 1997 P.30, 409; Cour 3 juillet 1996, P.30, 421). Le tribunal a, au vu de ces considérations, rejeté la fin de non-recevoir de l'action en rescision tirée de l'article 2052 du Code civil et du caractère indivisible de la convention de divorce par consentement mutuel.

Quant à la fin de non-recevoir tirée de la prétendue renonciation dans le chef de **Y.)** le tribunal a dit que la renonciation ne se présume pas et qu'il

incombe à celui qui l'invoque d'établir dans le chef du renonçant sa volonté claire et non équivoque de le faire ; que la renonciation, pour être valable, doit être postérieure à l'acte de partage ; qu'une renonciation contenue dans l'acte de partage est inopérante ; qu'en l'espèce, **X.)** reste en défaut d'établir que **Y.)** aurait renoncé postérieurement à l'acte de partage à introduire une action en rescision.
Pour dire que la clause de l'acte de partage obligeant **X.)** à verser à **Y.)** une soulte supplémentaire de 2.100.000.- francs en cas d'aliénation de l'immeuble, constitue une condition purement potestative encourant l'annulation, le tribunal a considéré que la condition simplement potestative dépend à la fois de la volonté du débiteur de l'obligation et d'une circonstance dont il n'est pas maître - tandis que la condition purement potestative s'entend d'une condition portant sur le consentement même du débiteur ou d'une condition portant sur un événement en son pouvoir dès lors que le créancier est abandonné à l'arbitraire du débiteur de l'obligation; que lorsque la condition porte sur un acte que le débiteur doit accomplir, il y a lieu de rechercher si cet acte est à l'entière discrétion du débiteur ; que la clause sera considérée comme purement potestative et partant nulle si le débiteur est seul maître de sa décision ; que la clause litigieuse qui garantit à **Y.)** une soulte supplémentaire de 2.100.000.- francs laisse **X.)** libre de vendre l'immeuble à son gré à un prix non déterminé d'avance ; que **X.)** reste libre de mettre l'immeuble en vente et **Y.)** n'a aucune possibilité de l'y contraindre.
Le tribunal a induit de la nullité de la clause litigieuse qu'il n'y a pas lieu de tenir compte de la soulte de 2.100.000.- francs pour apprécier le caractère lésionnaire du partage.
Pour apprécier le caractère lésionnaire du partage, le tribunal s'est référé au décompte des éléments actifs et passifs de la communauté établi par **X.)** en considérant que si la lésion était d'ores et déjà établi au regard de ce décompte, il n'y aurait plus lieu de trancher dans l'immédiat les points en litige entre les parties.
Le tribunal a ensuite constaté que suivant la défenderesse l'actif de la communauté se chiffre à 10.960.438.- francs tandis que le passif (prêt CPEP et récompenses) s'établit à 4.450.000.- francs ; que l'actif net étant de 6.510.438.- francs, chaque partie a en principe droit à 3.255.219.- francs ; que **Y.)** s'est vu attribuer une soulte de 1.000.000.- francs qui est inférieure aux trois quarts de sa part théorique ; que la lésion est dès lors établie.

X.) a relevé appel de ce jugement par exploit d'huissier de justice du 8 septembre 2004, pour entendre, par réformation de la décision entreprise, déclarer les demandes de **Y.)** irrecevables sinon mal fondées ; dire que la clause l'obligeant à verser à **Y.)** une soulte supplémentaire de 2.100.000.- francs en cas d'aliénation de l'immeuble renferme une condition simplement potestative valable ; condamner l'intimé au paiement de 2.500 € à titre de dommages et intérêts pour procédure abusive et vexatoire ainsi qu'à une indemnité de procédure de 2.000 €.

Elle fait valoir à l'appui de son appel que l'article 276 du code civil relatif au divorce par consentement mutuel exige un accord inconditionnel et irrévocable, non seulement quant aux modalités et effets du divorce, mais encore quant au partage et à la liquidation de la communauté existant entre époux ; que la convention de partage est le résultat d'une imbrication d'accords, de renonciations et de concessions mutuels déterminant, dans leur ensemble, le consentement des parties à divorcer par consentement mutuel ; que l'article 276 du code civil est d'ordre public ; que remettre en cause le partage de la communauté revient à remettre en cause le consentement mutuel des parties, et partant le divorce même ; que le partage étant indissociable du divorce, doit être déclaré irrévocable et immuable ; que l'article 888, alinéa 1er, n'est applicable qu'aux partages, fussent-ils qualifiés de transaction, mais nullement aux véritables transactions, à savoir aux contrats destinés à mettre fin à une contestation née ou à prévenir une contestation à naître, quand bien même elles entraîneraient un partage ; (Juris-Classeur civil, article 2052, fascicule 10, p; 12).

L'appelante soutient encore que l'intimé avait renoncé ex post à intenter une quelconque action judiciaire du chef du partage de la communauté ; qu'en effet, suivant courrier du notaire Jean-Joseph WAGNER du 19 juin 2003, les parties avaient expressément réitéré le partage tel qu'entériné dans la transaction, après que le notaire avait expressément attiré leur attention sur les dispositions relatives à la lésion, compte tenu d'un doute sur la validité de la clause relative à la soulte ; qu'en outre dans le cadre de la procédure de divorce par consentement mutuel, et postérieurement à la convention de divorce par consentement mutuel, les parties se sont présentées à deux reprises, à six mois d'intervalle, devant le Président du Tribunal, devant lequel ils ont à chaque fois acquiescé au divorce et à la convention à sa base ; qu'enfin la partie intimée est actuellement forclose à invoquer une sous-évaluation de l'immeuble en raison de la clause de sincérité inscrite à la page 7 de l'acte notarié faisant foi jusqu'à inscription en faux; que les biens meubles des parties ont fait l'objet d'un partage antérieur à l'acte notarié du 30 novembre 1998 ; que le partage des effets mobiliers se trouve ratifié par l'acte du 30 novembre 1998 étant donné que les parties y déclarent qu'il n'y a plus de biens meubles à partager, ceux-ci ayant fait l'objet d'un partage transactionnel entre parties ; que la demande en rescision doit en tout état de cause être déclarée irrecevable en ce qui concerne l'ensemble des biens meubles.

L'appelante offre subsidiairement de prouver par témoins « *que le partage de la communauté ayant existé entre les parties **Y.)-X.)** a été effectué dans les termes repris dans l'acte notarié du 30 novembre 1998 était une condition sine qua non du consentement de la dame **X.)** à divorcer par consentement mutuel;*
*que le sieur **Y.)** a dûment été informé par Maître MOLITOR, dès avant la signature de l'acte de partage, que ce dernier pourrait se révéler lésionnaire en sa défaveur en raison du caractère éventuellement purement potestatif de la clause prévoyant le paiement en sa faveur par son épouse d'une soulte de*

2.100.000 LUF lors de la vente de l'immeuble conjugal, sans autre précision ;
que lesdites explications lui ont à nouveau été données par Maître WAGNER tant avant, qu'après la signature de l'acte notarié du 30 novembre 1998;
qu'à chaque fois, le sieur ***Y.)*** *a clairement et expressément manifesté sa volonté d'accepter le partage dans lesdits termes, fussent-ils lésionnaires, renonçant partant de manière univoque à invoquer une quelconque lésion à son détriment* ».

En ordre subsidiaire, quant à la clause de l'acte de partage obligeant l'appelante à verser à l'intimé une soulte supplémentaire de 2.100.000.- francs en cas d'aliénation de l'immeuble, elle soutient qu'elle renfermerait une condition simplement potestative; que la vente de l'immeuble dépendrait, en effet, non seulement de la volonté de l'appelante, mais qu'elle supposerait aussi un acheteur potentiel ; que la réalisation de la condition dépendrait encore de l'âge, du sort et du destin des enfants communs restés à charge de l'appelante, alors qu'il aurait été implicitement convenu que la maison ne serait en aucun cas vendue tant que les enfants demeureraient au domicile familial ; que l'idée de la prédite transaction était en effet d'éviter à l'appelante, sans emploi depuis la naissance des enfants, ainsi qu'à ceux-ci d'être déracinés et à devoir se reloger avec pour seul ressource une pension alimentaire de 1.500 €.

L'intimé a relevé appel incident par conclusions notifiées le 6 octobre 2004 pour entendre ordonner un nouveau partage de la communauté de biens ainsi que la licitation de l'immeuble. Il conclut pour le surplus à la confirmation du jugement entrepris. Il demande la condamnation de l'appelante à lui verser une indemnité de procédure de 2.500 €.

Cela exposé, la Cour :

L'appelante soutient que le divorce par consentement mutuel et la convention de partage de la communauté seraient indivisibles, que remettre en cause le partage de la communauté reviendrait à remettre en cause le consentement mutuel des parties, et partant le divorce même ; que l'accord des parties quant au partage et à la liquidation de leur patrimoine commun serait déterminant du consentement des époux au divorce ; que le partage devrait par conséquent être déclaré irrévocable et immuable.

A l'appui de son argumentation, l'appelante se réfère à la jurisprudence de la Cour de Cassation française qui déclare irrecevable l'action en rescision pour lésion ainsi que les actions en annulation pour erreur, dol ou violence contre la convention préalable de partage de la communauté en cas de divorce par consentement mutuel.
Bien que les parties n'en fassent pas état, il y a également lieu de prendre en considération la jurisprudence belge relative au divorce par consentement mutuel, étant donné que la loi belge a servi de modèle au législateur luxembourgeois.

Aux termes de ses conclusions, l'appelante justifie l'indivisibilité entre, d'une part, le jugement de divorce et, d'autre part, la convention préalable réglant la liquidation et le partage de la communauté, par la constatation que son consentement au divorce a été déterminé par son consentement au partage tel qu'il a été arrêté dans la convention préalable entre parties.
Un époux ne pouvant être forcé à un divorce par consentement mutuel, peut subordonner son accord à ce divorce à l'obtention d'un partage inégal de la communauté en sa faveur. Dans cette hypothèse, le consentement au divorce de l'époux avantagé est conditionné par le résultat du partage. Cependant, il se peut que l'avantage que l'époux s'est ainsi procuré résulte d'une erreur commise par le conjoint, d'un dol, voire de la violence physique ou morale dont celui-ci a été victime, non seulement au moment de la signature de l'acte notarié de partage, mais tout au long de la procédure de divorce, de sorte que le conjoint ne pouvait réagir, par exemple en s'opposant au divorce en temps utile. Or, dans la théorie de l'indivisibilité, les vices dont peut être affecté le consentement du conjoint désavantagé ne sont pas pris en considération. Il se peut aussi que les époux avaient entendu d'un commun accord procéder à un partage égalitaire et qu'il apparaît, après le prononcé du divorce, qu'en raison d'une erreur commune d'évaluation, le partage est en réalité lésionnaire. Même dans ce cas, l'époux spolié ne pourrait pas attaquer le partage après divorce bien que ce partage soit manifestement contraire à l'intention commune des parties au moment de la conclusion de la convention, cette intention eût-elle été déterminante dans le chef des deux époux pour l'acceptation du divorce. Il faut donc constater que l'indivisibilité affirmée entre le divorce et le partage, fondée sur le consentement, aboutit à faire systématiquement prévaloir le consentement de la partie avantagée, même si elle est auteur d'un dol ou de violences, sur le consentement vicié de la partie spoliée.
L'indissociabilité alléguée entre le divorce et le partage ne peut pas être justifiée par la considération que le consentement au divorce de l'une des parties a pu, dans certains cas d'espèce, être déterminé par l'avantage obtenu dans le partage de la communauté.
Cette conclusion se trouve encore vérifiée dans l'hypothèse où les époux, en vue d'un divorce par consentement mutuel, ne se limitent pas à un partage de la communauté, mais adoptent en plus, avant la convention définitive de divorce, le régime de la séparation de biens. Or si le divorce par consentement mutuel est prononcé, rien n'empêche dans ce cas un ex-époux d'agir en annulation ou en rescision du partage, celui-ci eût-il déterminé le consentement de l'autre partie au divorce, sans que pour autant le divorce ou la séparation de biens en soient affectés. La Cour de cassation française a admis l'action en rescision dans ce cas (Cass. civ. 1re ch. 17 février 1987, Defrénois 1987, a. 34044, n°61). Cette solution s'explique en droit français par la circonstance que, dans le cas d'espèce cité, le partage de la communauté n'était pas soumis à l'homologation du juge prononçant le divorce.
La référence faite à la jurisprudence française pour justifier une indivisibilité entre le divorce par consentement mutuel et le partage de la communauté n'est dès lors pas concluante. La jurisprudence française s'explique par la

considération que la convention réglant les conséquences du divorce fait l'objet d'une homologation par le juge dans le jugement de divorce (article 232 du code civil français). Lorsque le partage de la communauté est la conséquence de l'adoption du régime de la séparation de biens qui précède le divorce, il n'est plus soumis à l'homologation et l'action en rescision est recevable.
Il semble en outre que la Cour de Cassation française préfère motiver l'irrecevabilité des actions en rescision ou en annulation du partage par l'autorité de chose jugée reconnue au jugement d'homologation plutôt que par le caractère indissociable du prononcé du divorce et de l'homologation judiciaire de la convention définitive (Juris-Classeur civil articles 887 à 892, fasc. 20, n°33 ; Juris-Classeur droit de la famille, septembre 1997, n° 120, cass. civ. 21 mai 1997). Quel qu'en soit le fondement théorique, l'intangibilité des conventions de partage, approuvée par une partie de la doctrine, fait aussi l'objet de critiques de la part d'autres auteurs (cf. Traité de droit civil, sous la direction de J. Ghestin, Dissolution de la famille par Jean Hauser et Danièle Huet-Weiller, n° 161 et ss., Malaurie et Aynès, T. III, La famille, Cujas, n° 354 et ss.).

Le lien entre le divorce par consentement mutuel et le partage ne peut pas davantage être expliqué objectivement par la théorie de la cause.
L'accord donné par un époux au divorce par consentement mutuel ne peut constituer la cause ou la contrepartie de l'avantage qu'il s'est ainsi fait concéder dans la convention de partage. Dans le partage, la cause au sens de l'article 1131 du code civil est l'attribution à chaque copartageant de biens d'une valeur égale à ses droits dans la masse (Grimaldi, Les successions, p. 878, n° 933). La cause objective du partage de la communauté de biens est pour chaque partie l'attribution de biens d'une valeur correspondant à ses droits en contrepartie de l'attribution de biens équivalents au copartageant. Le divorce par consentement mutuel envisagé par les parties ne peut constituer une contrepartie valable des attributions opérées dans le partage. Le divorce relève de l'état des personnes. Il est hors commerce et ne peut donc être l'objet d'un contrat. Un époux ne peut « acheter » le divorce par consentement mutuel en consentant à un partage inégal. Le divorce par consentement mutuel a sa propre cause indépendante de celle du partage. L'annulation ou la rescision du partage ne peut se répercuter sur le divorce.

L'appelante fait ensuite état de ce que l'action en rescision pour lésion serait encore irrecevable en application de l'article 2052 du code civil qui dispose que les transactions ont, entre parties, l'autorité de chose jugée en dernier ressort ; qu'elles ne peuvent être attaquées pour cause d'erreur de droit, ni pour cause de lésion. L'article 276 du code civil, qui précise que les parties sont libres de transiger sur leurs droits lors de la liquidation et du partage de la communauté, serait une application de l'article 2052.
Il faut remarquer que la jurisprudence belge fait largement référence à l'article 2052 du code civil pour déclarer irrecevable l'action en rescision du partage de la communauté en cas de divorce par consentement mutuel.

Allant même au-delà des articles 2052 et ss. qui admettent limitativement l'action en rescision ou en annulation d'une transaction notamment en cas de dol, de violence et d'erreur sur la personne ou l'objet de la contestation, la jurisprudence belge proclame le caractère absolu de l'immutabilité de la convention de partage en cas de divorce par consentement mutuel quel que soit le vice qui entache le partage.
Cependant l'article 888 du code civil admet l'action en rescision contre tout acte qui a pour objet de faire cesser une indivision « encore qu'il fût qualifié de vente, d'échange et de transaction ou de toute autre manière ». Il s'ensuit que la mention dans l'acte notarié du 30 novembre 1998 de l'article 1096 du code civil relatif aux donations entre époux pendant le mariage sous le titre « Remarque » à la page 7 de l'acte, reste sans effet. La référence à la notion de donation entre époux pour qualifier une opération consacrant un partage inégalitaire, voire lésionnaire, reste inopérante et ne peut, conformément à l'article 888, faire échec à l'action en rescision.
La disposition de l'article 888 s'applique quelle que soit l'origine de l'indivision (Répertoire Dalloz v° partage, n°1140) et notamment au partage de communauté de biens en vertu de l'article 1476 du code civil. Ainsi la transaction antérieure ou concomitante au partage est soumise à la disposition de l'article 888, alinéa 1er. Si la transaction a pour objet de faire cesser l'indivision ou si elle porte sur les opérations mêmes du partage, notamment sur l'estimation des lots, leur formation, leur distribution, la forme même du partage, elle est rescindable pour lésion. L'action en rescision ne peut être exercée si, au contraire, la transaction est indépendante du partage et a pour objet, non de mettre fin à l'indivision, mais de résoudre, pour rendre le partage possible, des difficultés concernant, par exemple, la capacité des parties, la quotité du droit héréditaire, l'obligation au rapport ou la valeur des biens. (Rép. Dalloz v° partage, n°1152, 1153). Comme en l'espèce la transaction a porté sur les opérations du partage, elle est soumise à l'article 888, alinéa 1er, et non à l'article 2052.

Il apparaît que l'intangibilité de la convention de partage telle que consacrée par la jurisprudence belge s'explique, non par les textes de loi, mais par la conception du divorce par consentement mutuel dans la société du XIX siècle. Ce cas de divorce est considéré essentiellement comme l'affaire exclusive des époux. « *Les juges n'ont que la mission de consacrer, par leur intervention, la volonté des parties ; ils ne s'enquièrent pas des motifs qui ont amené les époux à cette extrémité ; ils se bornent à vérifier si le consentement au divorce est réel, sérieux ; et s'il l'est, ils le sanctionnent par le motif que les épreuves subis par les époux démontrent qu'il y a pour le divorce des raisons péremptoires, qu'il serait aussi inutile que dangereux de révéler. Il est naturel dès lors que la loi, qui s'en rapporte aux époux pour la dissolution du mariage, s'en rapporte aussi à eux pour la répartition des biens. Elle prend seulement des précautions pour que les intérêts pécuniaires des enfants soient dans tous les cas sauvegardés…Il résulte des diverses considérations que nous avons présentées, que l'intervention de la justice dans le règlement préalable des intérêts des époux, serait un contresens. Il faut donc décider que, non seulement le tribunal ne doit pas chercher à déterminer les parts des conjoints, mais que*

même il devrait se refuser complètement à interposer son arbitrage, alors même que les deux parties y recouraient également » (Edmond Willequet Du divorce, 1856, p. 199). Le danger d'une « *contrainte fatale* » exercée par le mari sur « *l'esprit de la femme* » est écartée par la remarque « *que la femme, dans la longue durée de l'instance, trouverait bien l'occasion de montrer que sa volonté n'était pas libre..C'est donc avec raison que son silence prolongé est regardé comme une preuve péremptoire de la sincérité de son consentement* » (page 200).

A. Piérard abonde dans le même sens : « *Les tribunaux n'ont pas à rechercher les motifs qui poussent les conjoints à se séparer : on ne comprendrait pas qu'ils examinent dès lors le règlement que les époux font entre eux en ce qui concerne leurs biens, pourvu qu'ils aient observé les prescriptions légales. Dans le divorce pour cause déterminée, en revanche la solution donnée par le tribunal à la question des torts va influencer directement celle de la transmission des biens…Très souvent dans le cas qui nous occupe, la répartition des biens ne pourra s'expliquer que par la connaissance des griefs existant entre les époux. Tronchet l'avait relevé : la lésion que la femme paraît parfois subir, peut être juste en réalité parce qu'elle est le prix du silence qu'on a gardé sur les causes scandaleuses du divorce. On en déduit avec raison que non seulement le tribunal ne doit pas intervenir dans ce règlement, mais que de plus il devrait se refuser à interposer son arbitrage, même du consentement des deux parties. Une conséquence importante en résulte. Ces arrangements provisoires deviennent définitifs et irrémédiables, une fois le divorce prononcé* » (Divorce et séparation de corps, T. II, p. 335).

Ainsi la convention préalable au divorce, bien que conservant son caractère contractuel, serait traitée dans le système de l'indivisibilité comme si elle était intégrée au jugement de divorce, ce qui expliquerait qu'elle échappe aux actions en rescision ou en nullité que le droit commun fait peser sur les conventions. La convention de partage participerait quasiment à l'autorité de chose jugée du jugement. C'est cet effet qui est exprimé par la notion d'indivisibilité. Pourtant, il est acquis en droit luxembourgeois que le jugement de divorce ne confère aucun titre exécutoire quant aux arrangements consignés dans la convention préalable au divorce, qui continuent à relever, en ce qui concerne leur exécution, du régime de droit commun des contrats.

Suivant le professeur M. T. Meulders-Klein « *pareil système ne se comprend que par le contexte dans lequel il a été créé : celui d'une société dans laquelle le divorce ne pouvait être que la sanction d'une faute et où le silence sur la vraie cause de la rupture, ou le consentement à la rupture elle-même, devaient pouvoir être achetés à n'importe quel prix, sans que le juge ait le droit d'en soupeser le fardeau ni d'adoucir la loi d'airain de l'autonomie contractuelle. Telle est aujourd'hui encore la véritable sanction du divorce par consentement mutuel. Dans tous les cas, elle risque de faire des victimes. Loin d'approuver ce système, il faut proclamer au contraire son caractère détestable* » (note Revue critique de jurisprudence belge, 1979, n° 39, p. 492).

Bien que la lettre de l'article 276, alinéa 1er, du code civil luxembourgeois corresponde à celle de l'article 1287, alinéa 1er, du code judiciaire belge, la Cour d'appel n'a pas suivi la jurisprudence belge en cette matière et a admis l'action en rescision pour lésion (Cour 14 juillet 1997, Pas. 30. 409 ; Cour 3 juillet 1996, Pas. 30. 421 ; Cour 5 novembre 1992, n° rôle 13088).

D'abord, la prétendue indissociabilité entre le partage et le divorce par consentement mutuel ne trouve aucune assise dans la loi. Que les époux puissent procéder par transactions pour accélérer les opérations de liquidation et de partage de la communauté ne signifie pas que ces transactions devraient être soumises à un régime spécial dérogatoire au droit commun. L'article 1496 du code civil dispose expressément que le partage de la communauté pour tout ce qui concerne ses formes, le maintien de l'indivision et l'attribution préférentielle, la licitation des biens, les effets du partage, la garantie qui en résulte et les soultes, est soumis à toutes les règles qui sont établies au titre « Des successions » pour le partage entre cohéritiers ». L'article 1496 vise tout partage de la communauté quel qu'en soit la cause, y compris le partage de la communauté en cas de divorce par consentement mutuel et il y déclare applicables toutes les règles établies au titre « Des successions » pour le partage entre cohéritiers dont notamment l'article 888 qui admet l'action en rescision.
Seule une disposition légale pourrait déroger au principe de l'admission de la rescision pour lésion comme c'est le cas de l'article 1075-1 du code civil en matière de partage d'ascendant (Juris-Classeur, articles 1075 à 1080, fasc. 10, n° 13).

L'obligation faite par l'article 276 aux époux déterminés de divorcer par consentement mutuel de faire préalablement par notaire inventaire et estimation de tous leurs biens meubles et immeubles, et de régler leurs droits respectifs, est étrangère à la soi-disant indivisibilité. Edmond Willequet (Du divorce, 1856, p. 199) remarque à ce sujet : « *Le but de cette disposition est d'arrêter les droits respectifs des époux, et de fixer la base sur laquelle l'article 305 devra être appliqué. L'utilité de ce règlement préalable est évidente. Il fallait que la femme ne fût pas obligée de plaider, après le divorce, à l'effet d'obtenir la liquidation de ses reprises et ne demeurât pas cependant dans l'indigence pendant le cours du procès* »…« *Il est vrai que les discussions sur les questions d'intérêts pécuniaires..auront souvent pour effet de faire avorter la résolution qu'ils avaient prise de divorcer par consentement mutuel. Mais c'est là un résultat prévu, voulu par le législateur ; c'est un obstacle créé par lui, et qui lui a été inspiré par la crainte qu'on abusât de ce genre de divorce* ».
La circonstance que le partage des biens communs et l'adoption du régime de la séparation de biens se trouvent en l'espèce matériellement intégré dans un acte notarié unique qui contient aussi la convention préalable des époux visée à l'article 277 du code civil relative à la résidence des époux pendant la procédure, l'administration de la personne et des biens des enfants mineurs et les modalités du droit de visite du parent non attributaire de la garde, la contribution aux frais d'entretien et d'éducation des enfants et la

pension alimentaire à payer par l'un des époux à l'autre, n'empêche pas de distinguer intellectuellement la convention relative au partage prévue par l'article 276 de la convention visée à l'article 277. Le régime juridique de la convention de partage ne doit pas changer suivant qu'elle est ou non intégrée dans un seul acte avec la convention réglant les autres effets du divorce.
En outre, l'appelante ne soutient pas qu'il existerait en l'espèce un lien entre le résultat du partage et le règlement des points visés à l'article 277 et notamment la fixation de la pension alimentaire après divorce. Même à supposer que la convention sur la pension alimentaire eût été conclue en considération du partage de la communauté, ce lien entre le partage et la pension alimentaire n'aurait pas pour effet d'établir une indivisibilité entre le partage et le divorce par consentement mutuel. Au cas où la convention relative à la pension alimentaire dépendait du résultat du partage, celui-ci pourrait devenir aléatoire (Répertoire Dalloz, v° partage, n°1148 et ss.).

En outre, la loi luxembourgeoise sur le divorce par consentement mutuel s'est écartée du modèle belge en ce qui concerne les pensions alimentaires. Tandis que la loi belge est restée fidèle au principe d'un strict consensualisme fondé sur l'autonomie des époux, qui s'inscrit dans la logique de l'intangibilité absolue de la convention de partage (cf. J.T. 1990, p. 717, Le divorce en Belgique, bilan, réformes et perspectives), la loi luxembourgeoise s'en est largement affranchie en prévoyant sous certaines conditions la suppression, respectivement la révisabilité de la pension alimentaire entre ex-époux et en soumettant la contribution aux frais d'entretien et d'éducation des enfants au régime de droit commun des articles 203 et ss. du code civil.

Enfin l'intangibilité absolue de la convention de partage n'est pas désirable.

Si d'un côté l'indivisibilité affirmée entre le divorce et le partage a certainement le mérite de faire échec aux actions en justice intentées après le divorce par un époux de mauvaise foi pour se soustraire à des obligations ou à un partage consenti librement et en connaissance de cause, il faut aussi constater que ce système peut cimenter une véritable spoliation de la partie la plus faible. Elle devient ainsi l'expression de la loi du plus fort.

En garantissant le caractère inattaquable de la convention de partage, fût-elle lésionnaire ou viciée par l'erreur, le dol ou la violence, la consécration de l'indivisibilité incite aux chantages et aux marchandages malsains et cela d'autant plus que la convention préalable relative au partage de la communauté n'est soumise à aucun contrôle judiciaire pendant la procédure de divorce. La justification sur laquelle repose l'idée de l'indivisibilité, à savoir que l'inégalité du partage est le prix du divorce par consentement mutuel et du silence gardé sur ses causes secrètes, ne doit plus valoir aujourd'hui. En mettant en balance, d'un côté, le souci légitime de faire échec aux tentatives d'un ex-époux de mauvaise foi pour remettre en cause un partage, et, d'un autre côté, la nécessité de protéger une partie, victime d'un vice du consentement, la justice commande de faire prévaloir l'intérêt

de cette dernière, et cela d'autant plus que le droit commun offre aux copartageants un moyen commode de mettre le partage à l'abri d'une éventuelle action en rescision en procédant à une ratification.

L'action en rescision pour lésion doit par conséquent être déclarée recevable au regard des articles 276, 888 et 2052 du code civil.

L'offre de preuve par témoins formulée par l'appelante « *que le partage de la communauté ayant existé entre les parties **Y.)-X.)** a été effectué dans les termes repris dans l'acte notarié du 30 novembre 1998 était une condition sine qua non du consentement de la dame **X.)** à divorcer par consentement mutuel*», est à déclarer irrecevable comme n'étant ni pertinente ni concluante.

Ainsi la soumission de la convention de partage au droit commun n'empêche pas les époux de procéder même à un partage lésionnaire et de transiger comme ils l'entendent. Cependant, afin que le consentement libre et éclairé de chacune des parties soit sauvegardé, il faut qu'elles prennent le soin de ratifier la convention conformément à l'article 1338 du code civil. La confirmation peut être tacite et s'induire d'actes qui manifestent sans équivoque la volonté du copartageant lésé de purger le partage du vice dont il est infecté.

Cependant, la confirmation doit être postérieure à la conclusion du partage et être faite librement et en connaissance de cause. Les copartageants ne peuvent renoncer à exercer l'action en rescision dans l'acte même de partage. Ainsi, le point 6 des clauses et conditions de l'acte de partage du 30 novembre 1998 suivant lequel les copartageants déclarent approuver expressément le partage dans toute sa forme et teneur est dépourvu d'effet quant à la recevabilité de l'action en rescision. Il en est de même de la clause de sincérité insérée dans l'acte de partage.
En outre, en application du même principe, doit être déclarée irrecevable comme n'étant ni pertinente ni concluante l'offre de preuve par témoins de l'appelante « *que le sieur **Y.)** a dûment été informé par Maître MOLITOR, dès avant la signature de l'acte de partage, que ce dernier pourrait se révéler lésionnaire en sa défaveur en raison du caractère éventuellement purement potestatif de la clause prévoyant le paiement en sa faveur par son épouse d'une soulte de 2.100.000 LUF lors de la vente de l'immeuble conjugal, sans autre précision ;*
que lesdites explications lui ont à nouveau été données par Maître WAGNER tant avant, qu'après la signature de l'acte notarié du 30 novembre 1998;
*qu'à chaque fois, le sieur **Y.)** a clairement et expressément manifesté sa volonté d'accepter le partage dans lesdits termes, fussent-ils lésionnaires, renonçant partant de manière univoque à invoquer une quelconque lésion à son détriment* ».
En l'espèce, l'intimé fait état d'une erreur dans son chef quant à la valeur de l'immeuble pour conclure à une lésion. Une ratification postérieure au partage et en connaissance de la valeur de la maison n'est pas établie. Les

explications fournies par le notaire « *tant avant, qu'après la signature de l'acte notarié* » au sujet du caractère éventuellement purement potestatif de la clause prévoyant le paiement par son épouse d'une soulte de 2.100.000 LUF lors de la vente de l'ancien domicile conjugal ne sont pas pertinentes au regard de l'erreur alléguée sur la valeur de l'immeuble.

Pour savoir si la lésion existe, il faut en principe reconstituer la masse partageable dans tous ses éléments actifs et passifs, et comparer, en se plaçant à la date du partage, la valeur du lot attribué au copartageant qui se prétend désavantagé et la valeur de la part qui aurait dû lui revenir.
Les parties déclarent dans l'acte notarié qu'il n'existe plus de biens meubles à partager, ces biens ayant fait antérieurement à l'acte l'objet d'un partage transactionnel aux droits respectifs des époux. Comme l'acte notarié de partage a exclusivement trait à l'immeuble commun, il faut admettre que le partage partiel antérieur avait compris l'ensemble des effets mobiliers des parties, meubles meublants, voitures, comptes en banque et bénéfices d'assurance, et que les éventuelles récompenses dues aux époux avaient été liquidées et réglées à cette occasion.
La susdite déclaration dans l'acte notarié du 30 novembre 1998 constitue une confirmation valable faite en connaissance de cause du partage partiel intervenu antérieurement. Comme ce partage partiel a été effectué par transaction aux droits des parties, celles-ci ont entendu ne plus revenir sur ce partage quel que soit le sort du partage de l'immeuble.

Quant au partage de l'immeuble commun, celui-ci a été évalué à 9.500.000.- francs dans l'acte du 30 novembre 1998. Le passif y relatif, né d'un prêt hypothécaire, se chiffre à un montant de 3.150.000.- francs. L'épouse s'est vu attribuer l'immeuble, à charge pour elle de reprendre à son compte la dette hypothécaire et de verser une soulte de 1.000.000.- francs. L'épouse s'est encore engagée à acquitter un supplément de soulte de 2.100.000.- francs en cas d'aliénation de l'immeuble.

L'intimé soutient que cette obligation est nulle comme étant soumise à une condition purement potestative, la décision de vendre ou de ne pas vendre étant au seul pouvoir de la débitrice.

L'appelante soutient que la condition litigieuse est simplement potestative étant donné qu'elle ne porte pas exclusivement sur le consentement, mais encore sur un fait dépendant de sa volonté, à savoir la vente, et en outre sur la volonté d'un tiers, à savoir celle de l'acheteur d'acquérir l'immeuble offert en vente.
Suivant la doctrine classique, seule la condition purement potestative est déclarée nulle par l'article 1174 du code civil. Cependant afin d'assurer une protection efficace du créancier et d'éviter qu'il soit soumis à l'arbitraire du débiteur, la jurisprudence contemporaine assimile à la condition purement potestative (« si je veux »), les conditions portant sur des faits à la discrétion du débiteur et ne maintient sous le vocable de condition simplement potestative que les conditions dont il n'est pas entièrement maître (Juris-Classeur, civil, articles 1168 à 1174, fasc. 40 à 43, n° 25 et ss.). Le tribunal a

qualifié la clause litigieuse de purement potestative en observant que l'intimée était entièrement libre de rechercher ou non un acquéreur potentiel et que l'appelant n'a aucun moyen de l'y contraindre. En effet, la défaillance de la condition dépend exclusivement de la volonté de l'intimée. Il lui suffit de ne pas mettre l'immeuble en vente. En outre, la circonstance que la conclusion de la vente exige encore la recherche d'un acquéreur n'est pas suffisante pour écarter le caractère potestatif de l'obligation lorsque la recherche n'apparaît pas comme aléatoire (Cour Paris 15 mars 1974, JCP 1974, II, 17786, cass. 8 octobre 1980, Bull. civ. III, n° 154, p. 115, décisions citées par J. Ghestin dans « La notion de condition potestative au sens de l'article 1174 du code civil », Etudes dédiées à A. Weill, Dalloz-Litec, p. 243).

Cependant, ces considérations ne suffisent pas pour annuler la clause litigieuse. Suivant l'acte d'appel et les conclusions notifiées le 26 avril 2005 par l'appelante, l'insertion de la clause a été motivée par la volonté des parties de préserver l'intérêt des enfants communs en leur permettant de continuer à vivre au domicile familial. Cette affirmation n'a pas été contestée par l'intimé, qui n'a par ailleurs jamais reproché à l'appelante de ne pas vouloir procéder à la vente pour se dérober au paiement de la soulte, de sorte qu'il faut admettre que l'affirmation de l'appelante correspond à l'intention commune des parties.
Lue sous cet éclairage, la clause ne traduit pas le désir des parties de voir l'immeuble mis en vente afin que l'épouse devienne à même de régler la soulte supplémentaire dont elle est débitrice, mais l'espoir des parties que l'immeuble ne sera pas vendu et que les enfants communs peuvent continuer à y vivre. Dans la première hypothèse, l'épouse est débitrice de la soulte et le paiement de celle-ci est attendu même s'il dépend de la vente de l'immeuble. Même en l'absence d'engagement exprès de l'épouse de vendre, la vente est néanmoins considérée comme souhaitable, comme un moyen envisagé favorablement par les parties en vue du règlement de la soulte. Dans cette optique, la défaillance de la condition dépend de la seule volonté arbitraire de l'épouse. Pour échapper au paiement de sa dette, il suffit qu'elle ne vende pas. La clause encourt l'annulation comme étant potestative. Dans la seconde hypothèse par contre, qui est celle qui correspond à l'intention commune des parties, la vente est envisagée défavorablement et le paiement de la soulte apparaît comme une sanction. L'époux n'a dès lors pas à se plaindre de la non-réalisation de la condition. Pour discrétionnaire qu'elle soit, la décision de ne pas vendre ne trouve pas sa cause dans la volonté d'échapper au paiement de la soulte.
En réalité, la clause exprime la renonciation de l'époux au paiement de la soulte tant que l'immeuble n'est pas vendu. Le créancier peut valablement soumettre la renonciation au paiement de sa créance à un évènement dépendant entièrement du bon vouloir du débiteur.
Il s'ensuit que la soulte de 2.100.000.- francs doit être prise en considération dans l'appréciation de la lésion alléguée. Elle figure, d'un côté, à l'actif attribué à **Y.)** et, d'un autre côté, au passif à supporter par **X.)**.

L'actif net à partager suivant l'acte notarié s'établit à 9.500.000 - 3.150.000 soit 6.350.000.- francs. La part théorique de chaque époux est de 3.175.000.- francs. L'appelante a touché 6.350.000 – 3.100.000, soit 3.250.000.- francs tandis que l'intimé s'est vu attribuer 3.100.000.- francs. Il n'y a donc pas de lésion, le seuil de celle-ci étant de 2.381.250.- La différence non-lésionnaire, sans effet sur la validité du partage, entre la part théorique et le lot effectif attribué à l'intimé s'établit à 75.000.- francs.

Cette différence, qui ressort manifestement des éléments d'évaluation de l'acte, a été acceptée en connaissance de cause par l'intimé et elle reste donc acquise.

En tablant sur une valeur de l'immeuble commun de 12.410.000.- francs, telle qu'elle ressort de l'expertise unilatérale invoquée par l'intimé, l'actif net à partager est de 12.410.000 - 3.150.000 soit 9.260.000.- francs. La part théorique de chaque époux est de 4.630.000.- francs. L'appelante s'est vu attribuer une valeur de 9.260.000 - 3.100.000, soit 6.160.000.- francs tandis que l'intimé a obtenu 3.100.000.- francs. Il y a lésion si l'intimé touche mois des ¾ de sa part théorique, c'est-à-dire il doit recevoir au moins 4.630.000 * ¾ , soit 3.472.500.- francs. Comme une inégalité de 75.000 francs a été acceptée, la lésion serait de 3.472.500- 3.100.000-75.000 = 297.500.- francs ou 7.374,82 €.

Comme l'évaluation de l'immeuble commun à la date du partage est contestée entre parties, il y a lieu de recourir à une expertise avant tout autre progrès en cause.

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 recevable ;

dit non fondées les fins de non-recevoir soulevées par l'appelante à l'encontre de la recevabilité de l'action en rescision pour lésion, partant ;

confirme le jugement entrepris en ce qu'il a déclaré l'action en rescision recevable ;

déclare irrecevables les offres de preuve par voie d'enquête formulées par l'appelante ;

avant tout autre progrès en cause :

nomme consultant, Monsieur Michel DECKER, architecte, demeurant à L-1619 LUXEMBOURG, 32, rue Michel Gehrend,

avec la mission d'évaluer dans un rapport écrit l'immeuble sis à (...), (…), inscrite au cadastre de la commune de (...), section A de (...), sous le numéro (…) au lieu dit (…), d'une contenance de 8 ares 97 centiares ;

dit que l'évaluation prendra en compte la valeur du susdit immeuble sur le marché immobilier à la date du partage, 30 novembre 1998, compte tenu de l'état dudit immeuble à cette date ;

dit que **Y.)** est tenu de verser pour le 04 décembre 2006 au plus tard une provision de 1.000 € au consultant à valoir sur la rémunération de celui-ci et d'en justifier au greffe de la Cour sous peine de poursuite de l'instance selon les dispositions de l'article 468 du NCPC ;

dit que le consultant devra en toutes circonstances informer la Cour de la date de ses opérations, de l'état desdites opérations et des difficultés qu'il pourra rencontrer ;

dit que si ses frais et honoraires devaient considérablement dépasser le montant de la provision, il devra en avertir la Cour et ne continuer ses opérations qu'après versement d'une provision supplémentaire ;

dit que le consultant devra déposer son rapport au greffe de la Cour le 30 janvier 2007 au plus tard ;

charge Monsieur le conseiller Camille HOFFMANN de surveiller l'exécution de la mesure d'instruction ordonnée ;

dit que l'instruction de l'affaire sera poursuivie sous la surveillance du magistrat de la mise en état ;

dit qu'en cas d'empêchement du magistrat désigné, il sera procédé à son remplacement par simple ordonnance de Madame la présidente de chambre ;

sursoit à statuer sur l'appel incident et les demandes basées sur l'article 240 du NCPC ;

réserve les frais.

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.