A r r ê t c i v i l

Audience publique du mercredi, trois février deux mille dix.

Numéro 34244 du rôle.

Composition :

Edmée CONZEMIUS, présidente de chambre ;
Marc KERSCHEN, premier conseiller ;
Camille HOFFMANN, premier conseiller ;
Marie-José HOFFMANN, greffier assumé.

E n t r e :

A, (…), demeurant à (…),

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Alex MERTZIG de Diekirch en date du 15 octobre 2008,

comparant par Maître Yann BADEN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

B, (…), demeurant à (…),

intimé aux fins du prédit exploit MERTZIG,

comparant par Maître Alain BINGEN, avocat à la Cour, demeurant à Diekirch.

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

Statuant sur les demandes en divorce, principale de A et reconventionnelle de B, le tribunal d'arrondissement de Diekirch a, par jugement contradictoire du 28 mai 2008, déclaré les demandes principale et reconventionnelle en divorce fondées, prononcé le divorce aux torts réciproques des époux, débouté les parties de leur demande tendant à la nomination d'un notaire, confié à B la garde des deux enfants communs mineurs C, née le (…), et D, né le (…), accordé à A un droit de visite et d'hébergement pour les deux enfants communs mineurs et débouté A de sa demande en obtention d'une pension alimentaire à titre personnel.

A a relevé appel de ce jugement par exploit d'huissier du 15 octobre 2008.

Elle demande à la Cour de dire, par réformation du jugement entrepris, qu'il y a lieu, en ce qui concerne l'immeuble sis dans la commune de (…) apporté à la communauté par acte notarié du 10 juin 1989, d'établir le montant de la récompense due à la communauté et de nommer un notaire en vue d'établir un compte entre parties comme le prévoit ledit acte notarié, de lui confier la garde des deux enfants communs mineurs, de fixer à 500 euros par enfant la pension alimentaire à payer par B à titre de contribution à l'entretien et l'éducation des deux enfants communs mineurs et de condamner B à lui payer une indemnité de procédure de 2.000 euros.

A fait exposer que si les parties ont effectivement adopté le régime de la séparation des biens avec constitution d'une communauté suivant acte notarié du 10 juin 1989, B a apporté à la communauté un immeuble sis dans la commune de (…), (…), immeuble qui en cas de dissolution de la communauté sera repris en pleine propriété par l'époux apportant, à charge de récompenser le patrimoine commun du passif en capital ayant grevé le bien apporté et remboursé par le patrimoine commun.

B conclut à la confirmation du jugement entrepris en ce qu'il lui a confié la garde des deux enfants communs mineurs sinon en ordre subsidiaire à l'institution d'une enquête sociale aux fins de déterminer s'il y a lieu de confier l'autorité parentale au père ou à la mère ou s'il y a lieu d'instituer une autorité parentale conjointe. Il demande à la Cour de dire qu'il n'y a pas lieu de confier la garde des deux enfants mineurs à leur mère et de rejeter sa demande en paiement d'une pension alimentaire de 1.000 euros à titre de contribution à l'entretien et l'éducation des deux enfants communs. Il déclare interjeter appel incident contre le jugement de première instance en ce qu'il l'a débouté de sa demande en nomination d'un notaire et demande à la Cour d'ordonner, par réformation du jugement entrepris, la liquidation et le partage du régime de séparation de biens avec constitution d'une communauté adopté entre les parties par acte passé par-devant le notaire E, notaire de résidence à (…). Il conclut encore au débouté de la demande de B en allocation d'une indemnité de procédure.

B fait valoir à l'appui de son appel incident qu'il n'y a pas lieu de se confiner à l'opération ponctuelle réclamée par A et consistant à établir le montant de la récompense éventuellement due à la communauté mais d'englober dans les opérations de liquidation et de partage tant les opérations de compte que les opérations de répartition se rapportant à deux autres immeubles sis l'un à (…) et l'autre à (…)et appartenant selon lui en indivision aux deux parties.

A conclut à l'irrecevabilité de l'appel incident de B tendant au partage de l'immeuble sis à (…) et à (…) au motif qu'il s'agirait de demandes nouvelles. Elle estime que le partage de ces deux immeubles dont seul l'immeuble sis (…) serait détenu en indivision ne relève pas de la liquidation du régime de la séparation des biens ayant existé entre parties mais qu'il doit faire l'objet d'une instance séparée.

L'appel principal de A est recevable pour avoir été interjeté dans les formes et délai de la loi.

Par conclusions notifiées en date du 27 novembre 2007 B a demandé en première instance qu'il plût au tribunal de commettre un notaire pour procéder aux opérations de liquidation et de partage du régime matrimonial de séparation de biens avec constitution d'une communauté adopté entre les époux en date du 10 juin 1989 par devant Maître E, notaire de résidence à (…).

Cette demande a été rejetée par les juges de première instance.

La demande soumise par B dans le cadre de son appel incident à la Cour est identique à celle présentée en première instance ; en effet tout comme en première instance B conclut à voir ordonner la liquidation et le partage du régime de la séparation de biens avec constitution d'une communauté adopté entre les époux par devant Maître E, notaire de résidence à (…).

Dans la mesure où le tribunal de première instance n'a pas fait droit à cette demande, le jugement entrepris cause torts et griefs à B qui a dès lors intérêt à attaquer le jugement en ce qu'il l'a débouté de sa demande.

L'appel incident de B qui a été interjeté dans les formes et délai de la loi est partant à déclarer recevable.

C'est à tort que les premiers juges ont déclaré la demande en nomination d'un notaire non fondée.

En effet contrairement à ce qu'a retenu le tribunal de première instance les parties ont adopté suivant acte reçu le 10 juin 1989 par Maître E, notaire de résidence à (…) (…), le régime de la séparation de biens avec constitution à côté de ce régime d'une communauté de biens comprenant une maison d'habitation sise à (…).

Or, aux termes de l'article 8 dudit acte la maison d'habitation apportée par B sera, en cas de dissolution de la communauté pour toute autre cause que le décès de l'un ou l'autre des époux, reprise en pleine propriété par l'époux apportant, à titre de préciput, à charge de récompenser le patrimoine commun du passif en capital ayant grevé le bien apporté et remboursé par le patrimoine commun.

Les opérations de liquidation et de partage ne doivent pas se limiter à établir le montant de la récompense due à la communauté.

En effet une liquidation s'impose même lorsque les époux ont choisi un régime de séparation de biens du moment que, comme c'est le cas en l'espèce, les relations conjugales ont donné naissance à une masse indivise.

Il y a partant lieu de faire droit à la demande en liquidation du régime matrimonial adopté par les parties. La question de savoir si l'immeuble sis en (…) est un bien indivis ou non est à toiser dans le cadre de la liquidation patrimoniale.

Quant à la garde des deux enfants communs mineurs

A soutient que B se désintéresserait des enfants qui seraient livrés à eux-mêmes; que les enfants auraient d'ailleurs quitté fin février 2009 le domicile de leur père où ils auraient logé dans un pavillon séparé de celui de B pour aller vivre tout d'abord auprès de leur frère F et ensuite à partir du 24 septembre 2009 auprès d'elle.

B soutient que les deux enfants qui sont âgés de 16 et 17 ans ne supportent guère de contraintes et ne veulent pas aller chez leur mère en raison de la présence de son compagnon. Il affirme qu'au moment de la séparation des parties en 2001 les enfants communs G, F, C et D auraient continué à vivre auprès de lui et que ce ne serait que 3 mois plus tard que C et D seraient allés habiter chez leur mère pour revenir vivre auprès de lui en 2006 ; que les deux enfants vivraient actuellement dans un appartement qu'il aurait donné en location au fils commun majeur F.

La Cour estime nécessaire, avant de statuer sur la garde des deux enfants C et D d'ordonner une enquête sociale aux fins de recueillir des renseignements sur les deux milieux familiaux et de permettre aux enfants d'exprimer leurs sentiments en ce qui concerne l'exercice de l'autorité parentale.

En attendant le résultat de cette mesure d'instruction il y a lieu de surseoir à statuer sur la demande de A en obtention d'une pension alimentaire à titre de contribution aux frais d'entretien et d'éducation des deux enfants communs mineurs.

P a r c e s m o t i f s :

la Cour d'appel, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement, sur le rapport du magistrat de la mise en état ;

reçoit les appels principal et incident;

r é f o r m a n t :

ordonne le partage et la liquidation du régime de séparation de biens avec constitution d'une communauté adopté entre les époux en date du 10 juin 1989 pardevant Maître E, notaire de résidence à (…) ;

commet à cette fin Maître H, notaire de résidence à (…);

avant de statuer sur la garde des enfants mineurs communs C, née le (…), et D, né le (…),

transmet l'affaire à Monsieur le Procureur Général d'Etat pour voir procéder à une enquête sociale aux fins de recueillir des renseignements sur les milieux familiaux de la mère et du père et de permettre aux enfants d'exprimer leurs sentiments en ce qui concerne l'exercice de l'autorité parentale ;

surseoit à statuer sur la demande de A en obtention d'une pension alimentaire à titre de contribution aux frais d'entretien et d'éducation des deux enfants communs mineurs ;

réserve les dépens.

La lecture du présent arrêt a été faite en la prédite audience publique par Edmée CONZEMIUS, présidente de chambre, en présence de Marie-José HOFFMANN, greffier assumé.