

**Arrêt N° 161/20 - I - CIV**

**Arrêt civil**

**Audience publique du huit juillet deux mille vingt**

Numéro CAL-2019-00863 du rôle

Composition :

Odette PAULY, président de chambre,  
Rita BIEL, premier conseiller,  
Yannick DIDLINGER, conseiller,  
Amra ADROVIC, greffier assumé.

**E n t r e :**

**A)**, née le (...) en France, demeurant à L-(...),

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Patrick MULLER de Diekirch du 13 août 2019,

comparant par l'ETUDE D'AVOCATS WEILER, WILTZIUS, BILTGEN sàrl, établie à L-9234 Diekirch, 30, route de Gilsdorf, inscrite sur la liste V du tableau de l'Ordre des Avocats du Barreau de Diekirch, représentée aux fins de la présente procédure par Maître Lucien WEILER, avocat à la Cour, demeurant à Diekirch,

**e t :**

**B)**, né le (...) à Dudelange, demeurant à D-(...),

intimé aux fins du prédit exploit MULLER,

comparant par Maître Lony THILLEN, avocat à la Cour, demeurant à Diekirch.

-----

## LA COUR D'APPEL :

Par jugement civil contradictoire du 5 juin 2019, le tribunal d'arrondissement de Diekirch a dit que les effets du jugement de divorce du 25 janvier 2017 remontent entre B) et A) en ce qui concerne leurs biens à la date du 15 juillet 2011, dit non fondée la demande de A) en obtention d'une indemnité d'occupation et mis les frais et dépens de l'instance à charge de A).

Par exploit d'huissier de justice du 13 août 2019, A) a régulièrement relevé appel de ce jugement lui signifié le 16 juillet 2019. La partie appelante critique les juges de première instance pour avoir d'office soulevé le moyen au terme duquel B) ne l'aurait pas empêchée de jouir du bien indivis, sans inviter au préalable l'appelante à présenter ses observations, voire à rapporter la preuve contraire des faits allégués. L'appelante conclut à l'annulation du jugement déféré de ce chef. Elle demande à la Cour de réformer ledit jugement, et après évocation, de constater que B) a joui privativement de l'immeuble indivis sis à (xxx) du 16 juillet 2011 au 24 novembre 2016 inclus et qu'il est redevable d'une indemnité d'occupation d'un montant de 168.000 euros envers l'indivision post-communautaire, sinon d'un montant de 84.000 euros envers l'appelante sur base de l'article 815-9 du Code civil. A) demande la condamnation de B) au paiement d'une indemnité d'occupation d'un montant de 168.000 euros à l'indivision post-communautaire, sinon d'un montant de 84.000 euros à l'appelante.

L'appelante requiert l'allocation d'une indemnité de procédure de 2.500 euros et la condamnation de B) aux frais et dépens des deux instances avec distraction au profit de son mandataire.

A) invoque la violation par le tribunal de l'article 65 du Nouveau Code de procédure civile qui prévoit que le juge ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations. Elle reproche aux juges de première instance d'avoir invoqué d'office le fait qu'elle n'aurait pas rapporté la preuve que B) l'aurait empêchée de jouir du bien indivis.

L'appelante soutient que B) voulait qu'elle quitte l'ancien domicile conjugal, qu'il a exercé des pressions psychologiques sur elle à cet égard, que suivant ordonnance du 24 décembre 2010 B) a été autorisé à résider séparé de l'appelante à l'ancien domicile conjugal avec interdiction à cette dernière de l'y troubler à l'avenir, que l'appelante a quitté le domicile conjugal le 15 juillet 2011 et que, suite au départ de l'appelante, B) a changé les serrures de la porte d'entrée, de sorte qu'elle n'a pas pu récupérer ses affaires et que la nouvelle partenaire et les enfants de cette dernière ont passé toutes les fins de semaine avec B) dans l'ancien foyer familial.

Par conclusions notifiées le 1<sup>er</sup> octobre 2019 B) forme appel incident et critique le jugement déféré pour avoir fait remonter les effets du divorce quant aux biens à la date du 16 juillet 2011. Au dispositif de ses conclusions, il demande à la Cour de dire que les conditions pour faire remonter les effets du divorce quant aux biens ne sont pas remplies. En ordre subsidiaire, il demande de dire qu'elles ne sont remplies que jusqu'au mois de juillet 2015, date de son déménagement à (yyy). B) s'oppose à l'allocation d'une indemnité d'occupation à la partie adverse et, en ordre subsidiaire, il conclut à la voir fixer à 300 par mois. B) demande acte que dans cette hypothèse, il

renonce à demander une participation de A) aux remboursements du prêt hypothécaire et aux frais d'entretien de l'immeuble commun. Dans toute autre hypothèse, il demande de renvoyer l'affaire devant les juges de première instance pour déterminer le montant lui revenant pour l'entretien de l'immeuble commun et le remboursement du prêt commun.

B) demande de condamner A) aux frais et dépens de l'instance et de débouter cette dernière de sa demande en allocation d'une indemnité de procédure.

B) critique le jugement déféré pour avoir fixé la date du report des effets quant aux biens au 15 juillet 2011. Il estime que l'article 266 du Code civil a trait au divorce et non pas à l'obligation de cohabitation des époux et que cet article ne doit pas ouvrir la porte à un des conjoints de se soustraire à l'obligation de l'article 215 alinéa 1<sup>er</sup> du même code. Par réformation du jugement déféré, B) demande de retenir comme date de report le 10 février 2016.

B) reproche à l'appelante d'avoir quitté le domicile conjugal et de l'avoir mis devant le fait accompli d'y vivre seul avec l'enfant aîné (Enfant 1), de devoir rembourser le prêt, entretenir l'immeuble et payer les frais y relatifs.

B) expose avoir déménagé en 2015 à (yyy) et n'être retourné à l'ancien domicile conjugal que le week-end et les vacances scolaires pour y accueillir les enfants communs, ainsi que deux journées par semaine pour entretenir la maison et les alentours. L'immeuble a été vendu en novembre 2016.

A) conteste la version des faits de la partie adverse, notamment l'allégation qu'elle aurait exigé de B) que la famille déménage et quitte (xxx).

Elle demande de faire abstraction de certains passages reproduits dans les conclusions de la partie adverse.

Elle conclut à la confirmation du jugement déféré ayant fixé la date de report des effets du divorce quant aux biens au 15 juillet 2011, les parties ayant cessé de cohabiter et de collaborer conformément à l'article 266 du Code civil depuis cette date.

#### *Appréciation de la Cour*

##### - Conclusions contestées

A) demande de faire abstraction de certains passages reproduits dans les conclusions de la partie adverse au motif qu'ils résultent soit d'un courrier confidentiel entre avocats soit font référence à des conclusions antérieures non communiquées.

En application de l'article 7.5.1 du règlement intérieur de l'ordre des avocats du barreau de Luxembourg, le Bâtonnier, ou son délégué, règle les différends qui peuvent naître entre avocats à propos de la confidentialité. In fine, l'article ajoute que le ou les avocats concernés agiront avec célérité pour mettre le Bâtonnier, ou son délégué, en mesure d'arbitrer dans les meilleurs délais et qu'en attendant, le ou les avocats demanderont la remise de l'affaire pendante devant les juridictions.

L'article 7.5.2 du même règlement dispose que la décision d'arbitrage, passée en force de chose jugée, lie les avocats et, le cas échéant, ceux qui les remplacent, ainsi que les tribunaux devant lesquels elle est invoquée.

Il découle de ces dispositions qu'il appartient au Bâtonnier ou à son délégué, et non pas aux juridictions de se prononcer en matière de conflits entre avocats à propos de la confidentialité de leur correspondance.

A défaut de production de la décision du bâtonnier dans ce conflit et à défaut de production des conclusions antérieures litigieuses par le mandataire de B), il y a lieu de faire droit à la demande du mandataire de A) et de faire abstraction des passages contestés.

- Annulation du jugement déferé

L'article 65 du Nouveau Code de procédure civile, invoqué par la partie appelante, précise que le juge ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office.

En l'occurrence, la partie appelante reconnaît elle-même que le tribunal d'arrondissement s'est basé sur le fait qu'elle n'aurait pas rapporté la preuve que B) l'aurait empêchée de jouir du bien indivis.

En effet les juges de première instance, après avoir reproduit la jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'indemnité d'occupation d'un bien indivis, en ont appliqué les principes aux faits de l'espèce pour conclure que A) n'a pas rapporté la preuve que B) l'aurait empêchée de jouir du bien indivis. Ce faisant le tribunal n'a pas fondé sa décision sur un moyen de droit relevé d'office, il n'a pas violé le principe du contradictoire et le jugement déferé n'est partant pas à annuler.

- Date du report des effets du divorce quant aux biens des parties

L'appelant soutient que les dispositions l'ancien article 266 du Code civil ont directement trait au divorce et ne visent que la situation de deux époux qui se séparent d'un commun accord et non pas celle de la partie adverse, qui n'a intenté la première procédure de divorce que dans le but de quitter (xxx).

Les dispositions de l'article sus visé réglaient les effets du divorce pour cause déterminée, partant tant le divorce sur base de l'ancien article 229 du Code civil que le divorce sur base de l'ancien article 230 du même code, de sorte qu'elles n'étaient nullement limitées aux séparations d'un commun accord des conjoints.

Par exploit d'huissier de justice du 10 février 2016, B) a assigné en divorce A) sur base de l'ancien article 230 du Code civil. B) y fait valoir que les époux ne cohabitent plus depuis au moins le 15 juillet 2011, de sorte que leur désunion serait à considérer comme irrémédiable.

La date à laquelle les époux ont cessé de cohabiter, en l'occurrence le 15 juillet 2011, étant établie et incontestée, le tribunal a décidé qu'il appartient à B) de rapporter la preuve du maintien de leur collaboration.

En effet, pour écarter la demande de report, les juges doivent caractériser la poursuite d'actes de collaboration, dont la preuve incombe à l'époux qui

s'oppose au report, étant donné que la fin de la cohabitation présume la fin de la collaboration.

La fin de la collaboration des époux suppose qu'un époux ne participe plus en rien, ni directement, ni indirectement, à l'activité lucrative de l'autre, de sorte qu'il n'y a plus de raison qu'il en partage le profit.

Ni en première instance, ni en instance d'appel B) n'a rapporté la preuve d'une quelconque participation commune des époux à une activité lucrative, de sorte que le jugement déféré ayant fixé la date de report au 15 juillet 2011 est à confirmer à ce titre.

- Indemnité d'occupation

Il résulte de l'ordonnance de référé du 24 décembre 2010, que A) avait demandé à se voir autoriser à résider séparément à une autre adresse que celle de l'ancien domicile conjugal, et, dans le cadre de sa demande reconventionnelle, B) avait été autorisé à résider séparément à (xxx), soit à l'ancien domicile conjugal. Chacune des parties se voyait interdire de troubler l'autre à l'avenir à l'adresse indiquée. Le juge des référés avait noté que chacune des parties avait marqué son accord quant à la demande de l'autre.

A l'instar des juges de première instance, il y a lieu de constater qu'il en résulte nécessairement que A) a abandonné l'ancien domicile conjugal de plein gré. Même si A) soutient que B) aurait exercé une certaine pression psychologique à son égard, ces dires restent à l'état de pure allégation

Actuellement, A) explique qu'elle n'avait pas insisté à être autorisée à rester au domicile familial, étant donné que B) avait exprimé son intention de reprendre l'immeuble indivis à son compte et qu'elle ne voulait pas exposer la fille commune à des déménagements répétés. Elle reproche à B) d'avoir refusé de payer la juste valeur dudit immeuble.

Le montant de 527.500 euros offert en 2011 par B) pour l'immeuble indivis ne diffère pas fondamentalement du prix de vente de 630.000 euros touché par les parties en novembre 2016, si on considère l'évolution annuelle des prix de l'immobilier variant entre 3,7 % et 5,4 %, soit quelques 20 % pendant la période de 5 ans entre 2011 et 2016, de sorte que l'offre de reprise de B) correspondait au prix du marché.

En l'occurrence l'ordonnance de référé, même si elle a autorisé les parties à résider séparément, n'a pas été exécutée, étant donné que A) reconnaît qu'elle a continué à occuper l'immeuble indivis jusqu'à son déménagement en juillet 2011. Par ailleurs la procédure au fond relative à cette ordonnance a été abandonnée par les parties.

Toutefois, eu égard au report de la date des effets du divorce quant aux biens des parties au 15 juillet 2011, il y a lieu de dire que depuis lors les parties se trouvaient en indivision post-communautaire.

Il y a lieu de toiser la question, si la simple occupation ou l'utilisation matérielle par un indivisaire d'un bien indivis permet d'exiger le paiement d'une indemnité d'occupation. En principe, le fait objectif de la jouissance

privative, même sans octroi ou reconnaissance d'un droit de jouissance, est suffisant pour fonder la dette d'indemnité.

B) reconnaît avoir changé les serrures de l'immeuble indivis après le départ de A). Comme il n'est pas établi que pendant la période de séparation entre 2011 et 2016 B) aurait fait parvenir à A) un jeu des nouvelles clés pour qu'elle puisse également jouir du bien indivis, il y a lieu de retenir dans son chef une jouissance exclusive de l'immeuble indivis.

Lorsqu'il y a jouissance exclusive, l'indemnité est due même si l'occupation est intermittente (V. pour une résidence secondaire, CA Angers, 1<sup>re</sup> ch. civ., 5 févr. 1996 : JurisData n°1996-045656), de sorte qu'il importe peu que B) soutient n'avoir occupé l'immeuble que lors de l'exercice de son droit de visite et d'hébergement pendant les fins de semaine et les vacances scolaires.

L'occupation de B) ne se limitant ainsi pas à des séjours pour en assurer l'entretien et la surveillance (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 5 mai 1998, n ° 95-17.909), il y a lieu à réformation du jugement entrepris.

En considération de ces développements, B) est tenu d'une indemnité d'occupation à partir du 1<sup>er</sup> août 2011 jusqu'au 24 novembre 2016.

Concernant le montant mensuel de l'indemnité d'occupation, celui-ci dépend essentiellement de la valeur du bien indivis, objet de la jouissance privative par l'un des indivisaires. Son montant peut être fixé en fonction de la valeur locative du bien.

Pour autant, l'indemnité d'occupation ne doit pas forcément correspondre à la stricte valeur locative du bien puisque l'occupation du bien par l'indivisaire ne trouve pas son fondement dans un contrat de bail. Cette valeur locative peut être modérée en fonction des circonstances au nombre desquelles figure principalement celle de la précarité de l'occupation de l'indivisaire.

Il y a lieu de prendre en considération les développements qui précèdent concernant la valeur de l'immeuble, de sorte que sa valeur locative pendant cette période d'occupation ne saurait être fixée sur la base du prix de vente réalisé en 2016.

Au vu des développements qui précèdent, la Cour fixe souverainement le montant de l'indemnité d'occupation mensuelle à 1.300 euros. B) est donc redevable d'une indemnité d'occupation à l'indivision post-communautaire de 1.300 x 63 mois et 24 jours, soit 82.940 euros.

L'indemnité d'occupation, assimilable à un revenu, accroît en effet à l'indivision conformément à l'article 815-10 du Code civil. Les indivisaires ne sont donc pas en droit d'en demander le paiement à celui d'entre eux qui occupe le bien indivis chacun pour son propre compte, à concurrence de ses droits dans l'indivision.

Etant donné que B) réclame une participation de A) aux remboursements du prêt hypothécaire ainsi qu'aux frais d'entretien de l'immeuble commun et demande de renvoyer l'affaire devant les juges de première instance pour déterminer ces montants, il y a lieu de conclure que les comptes de l'indivision restent à être dressés et ne sont pas encore liquidés, de sorte que

la demande de l'appelante à voir condamner B) à lui payer la moitié de cette indemnité est à déclarer non fondée à ce stade de la liquidation et du partage de l'indivision.

La Cour n'étant pas saisie de la demande de B) de fixer sa créance à l'égard de l'indivision du chef du remboursement par ses deniers personnels des échéances du prêt hypothécaire commun ni du chef de l'entretien de l'immeuble, il n'y a pas lieu à renvoi de l'affaire devant les juges de première instance à ce titre.

Faute par les parties en cause de justifier en quoi il serait inéquitable de laisser à leur charge des sommes par elles exposées et non comprises dans les dépens, leurs demandes basées sur l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile sont à rejeter.

### **PAR CES MOTIFS**

la Cour d'appel, première chambre, statuant contradictoirement,

reçoit l'appel,

le dit partiellement fondé,

**réformant,**

dit que B) est redevable à l'indivision post-communautaire du montant de 82.940 euros à titre d'indemnité d'occupation,

dit non fondées les demandes respectives en allocation d'une indemnité de procédure,

condamne B) aux frais et dépens de l'instance avec distraction au profit de Maître Lucien Weiler qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance.

