

Arrêt N°209/21 - I - CIV

Arrêt civil

Audience publique du treize octobre deux mille vingt-et-un

Numéro CAL-2020-00821 du rôle

Composition :

Jeanne GUILLAUME, président de chambre,
Yannick DIDLINGER, conseiller,
Thierry SCHILTZ, conseiller,
Joëlle SCHAEFER, greffier assumé.

Entre :

A., demeurant à L-..., ...,

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Patrick MULLER de ... du 26 août 2021,

comparant par la société à responsabilité limitée ETUDE D'AVOCATS WEILER, WILTZIUS, BILTGEN SARL, établie et ayant son siège social à L- 9234 Diekirch, 30, route de Gilsdorf, inscrite sur la liste V du tableau de l'Ordre des avocats du Barreau de ..., immatriculée au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro n°B239498 représentée aux fins de la présente procédure par Maître Lucien WEILER, avocat à la Cour, demeurant à Diekirch,

et :

B., demeurant à L-..., ...,

intimée aux fins du susdit exploit MULLER,

comparant par Maître François GENGLER, avocat à la Cour, demeurant à Diekirch.

LA COUR D'APPEL :

Statuant sur les difficultés de liquidation respectivement de la communauté de biens ayant existé et de l'indivision post-communautaire existant entre A. (ci-après A.) et B. (ci-après B.) du fait de leur divorce prononcé par jugement du 1^{er} février 2017, le tribunal d'arrondissement de ..., par jugement du 16 juin 2020, a notamment

- dit que les effets du divorce entre parties, en ce qui concerne leurs biens, remontent au 15 juin 2011,
- dit que le terrain propre de A. (parcelle inscrite au cadastre sous le numéro .../...) est devenu commun,
- dit que l'ensemble de l'immeuble construit sur les parcelles inscrites au cadastre sous les numéros .../... et .../... est commun,
- ordonné le partage et la liquidation de l'indivision post-communautaire existante entre parties,
- dit fondée la demande de B. en licitation de l'immeuble construit sur les parcelles communes situées à ..., ..., inscrites au cadastre sous les numéros .../..., lieu-dit ..., nature cadastrale: place (occupée) bâtiment à habitation, contenance d'un are et 20 centiares et .../..., lieu-dit ..., nature cadastrale: place (occupée) partie bâtiment, contenance 40 centiares, ordonné la licitation dudit immeuble sis à ..., commis un notaire et désigné un juge commissaire à ces fins,
- dit qu'il n'y a pas lieu à surseoir à statuer quant au surplus,
- dit que la communauté doit récompense à A. de la somme de ... euros, avec les intérêts au taux légal à partir du jour de la dissolution de la communauté, le 15 juin 2011,
- dit que A. a droit à une récompense à charge de la communauté du fait de son apport en nature de la parcelle située à ..., ..., inscrite au cadastre sous le numéro .../..., lieu-dit ..., nature cadastrale: place (occupée) partie bâtiment, contenance 40 centiares,
- avant tout autre progrès en cause concernant la fixation du montant de cette récompense, nommé expert E1, avec la mission de déterminer la valeur actuelle (terrains et construction) de l'immeuble construit sur les parcelles communes situées à ..., ..., inscrites au cadastre sous les numéros .../..., lieu-dit ..., nature cadastrale: place (occupée) bâtiment à habitation, contenance d'un are et 20 centiares et .../..., lieu-dit ..., nature cadastrale: place (occupée) partie bâtiment, contenance 40 centiares,
- débouté A. de ses demandes en attribution de récompenses pour le surplus,
- débouté B. de sa demande en fixation d'une indemnité d'occupation à charge de A. et au profit de l'indivision,
- renvoyé les parties devant le notaire liquidateur et refixé la cause à une nouvelle conférence de mise en état.

De ce jugement qui lui a été signifié le 29 juillet 2020, A. a relevé appel suivant exploit d'huissier de justice du 26 août 2021.

Il conclut, par réformation, le cas échéant après évocation, principalement, à entendre dire que la maison d'habitation sise à ..., ..., érigée en partie sur une parcelle qui est son propre (n°.../...) et en partie sur une parcelle commune (n°.../...), constitue un bien propre lui appartenant, pour avoir été intégralement financée moyennant des fonds propres provenant de la vente d'un bien propre en janvier 2009, à se voir attribuer la parcelle commune n°.../... sur base de l'article 1475 alinéa 2 du Code civil, à voir ordonner une expertise en vue de déterminer la valeur actuelle de la parcelle commune

n°.../... d'une contenance d'un are et 60 centiares, aux fins de fixer l'éventuelle soulte à régler par lui à la communauté de biens et à entendre dire la demande en licitation formulée par B. non fondée.

Subsidiairement et dans l'hypothèse où le caractère commun de l'immeuble en question devait être retenu, A. conclut à entendre dire que la communauté de biens lui est redevable d'une récompense dont le montant doit être chiffré en application des dispositions de l'article 1469 du Code civil, en raison de fonds propres d'un montant de ... euros mis à disposition de la communauté de biens le 4 février 2009 et investis dans la construction de la maison d'habitation sise à ..., ..., avec les intérêts au taux légal à partir du jour de la dissolution de la communauté, le 15 juin 2011. Il demande encore à la Cour de constater que la communauté lui est redevable d'une récompense de la somme de ... euros, avec les intérêts au taux légal à partir de la dissolution de la communauté, le 15 juin 2011, du chef des fonds propres versés le 14 janvier 2009 pour l'apurement partiel du crédit commun contracté par les parties en novembre 2005 et de constater que la communauté lui est redevable d'une récompense du chef de son apport en nature de la parcelle située à ..., ..., inscrite au cadastre sous le numéro .../..., lieu-dit ..., dont le montant est à définir après évaluation par l'expert E1, partant de retenir qu'après balance faite, il est créancier à l'égard de la communauté de biens de trois récompenses, dont le montant total reste encore à définir après évaluation par l'expert de la parcelle (n°.../...) lui appartenant en propre, ainsi que de la valeur actuelle de la maison d'habitation et celle à l'époque de l'emprunt, mais qui s'élève en tout état de cause à un montant d'au moins ... euros (... euros évalué selon le profit subsistant + ... euros + valeur actuelle de la parcelle). A. conclut donc, principalement, à se voir autoriser à se faire payer en nature le solde en sa faveur et à charge de la communauté de biens en procédant à un prélèvement de la maison d'habitation ainsi que des parcelles commune (n°.../...) et propre devenue commune (n°.../...) sur base de l'article 1470 alinéa 2 du Code civil, sinon, à se faire payer en nature le même solde à charge de la communauté en procédant à un prélèvement de la maison d'habitation et en se faisant attribuer la parcelle commune (n°.../...) et la parcelle propre devenue commune (n°.../...) sur base de l'article 1475 alinéa 2 du Code civil et, partant, à entendre dire non fondée la demande en licitation de l'immeuble construit sur les parcelles propre et commune formulée par B. et à voir renvoyer les parties devant le notaire liquidateur.

A. demande à la Cour d'ordonner, avant tout autre progrès en cause, une expertise afin de déterminer la valeur actuelle de la maison d'habitation et celle au jour de l'emprunt, soit à l'époque de la construction, ainsi que la valeur actuelle des deux parcelles propre et commune sur lesquelles est bâtie ladite maison, aux fins de déterminer

- la consistance de la masse commune à partager ;
- le montant de la récompense lui due par la communauté de biens, chiffrée suivant le profit subsistant, du chef des fonds propres d'un montant de ... euros investis dans la construction de la maison, avec les intérêts au taux légal à compter de la dissolution de la communauté, le 15 juin 2011 ;
- le montant de la récompense lui due par la communauté de biens du chef de l'apport en nature de la parcelle n°.../... lui appartenant en propre ;

- le montant de l'éventuelle soulte à régler par lui à la communauté après avoir fait le prélèvement en nature de la maison d'habitation et des parcelle commune n°.../... et propre devenue commune n°.../....,

de nommer l'expert E1 et de surseoir à statuer sur tous les points en attendant les évaluations de l'expert.

Il demande finalement, en tout état de cause, la condamnation de la partie intimée à lui payer une indemnité de procédure de 5.000 euros, ainsi que les frais et dépens des deux instances, avec distraction au profit de son mandataire, affirmant en avoir fait l'avance.

B. conclut à l'irrecevabilité de la demande de A. tendant à la reconnaissance du caractère propre de l'immeuble situé à ..., ..., pour être nouvelle en instance d'appel. Il en serait de même de la demande en attribution de la parcelle n° .../... à A.. Les demandes introduites en instance d'appel sur base de l'article 1470 alinéa 2 du Code civil seraient également irrecevables pour ne pas avoir été présentées devant les juges de première instance.

Quant au fond, le jugement devrait être confirmé pour avoir retenu le caractère commun des parcelles et maison d'habitation sises à, et en ce que la licitation en a été ordonnée. B. ne s'oppose pas au principe des récompenses réclamées par A. à la communauté, mais demande à la Cour d'en adapter les montants aux pièces versées et évaluations à recueillir.

Elle interjette appel incident du jugement du 16 juin 2020 en ce que le tribunal n'a pas fait droit à sa demande présentée au nom de l'indivision post-communautaire en paiement par A. d'une indemnité d'occupation de la maison d'habitation sise à ..., Elle conclut, par réformation, à voir allouer une telle indemnité à l'indivision post-communautaire à partir du 13 novembre 2012, date de la première assignation en divorce, sinon à partir du 28 mai 2013, date de l'ordonnance de référé, jusqu'en décembre 2020, sous réserve d'augmentation jusqu'au jour du départ de A., pour des sommes respectives de 195.650 euros et de 179.725 euros.

B. demande finalement l'allocation d'une indemnité de procédure de 5.000 euros et elle conclut à la condamnation de l'appelant au principal aux frais et dépens des deux instances, avec distraction au profit de son mandataire qui affirme en avoir fait l'avance.

A. conclut à la recevabilité de ses demandes introduites en instance d'appel sur base de l'article 1475 du Code civil et de l'article 1470 alinéa 2 du Code civil et soutient que l'appel incident n'est pas fondé.

Appréciation de la Cour

1) La recevabilité des appels en la forme

Les appels principal et incident qui ont été introduits dans les forme et délai de la loi et qui ne sont pas spécialement critiqués à ces égards, sont recevables en la pure forme.

2) La recevabilité des demandes de A. présentées pour la première fois en instance d'appel

A. soutient que ses demandes tendant à la reconnaissance du caractère propre de l'immeuble situé sis à ..., ..., à l'attribution de la parcelle n° .../... sur base de l'article 1475 du Code civil et au prélèvement en nature sur base de l'article 1470 alinéa 2 du Code civil constituent des défenses à l'action principale de B. tendant à la licitation dudit l'immeuble.

L'article 592 du Nouveau Code de procédure civile permet, en effet, au défendeur de former en appel des demandes nouvelles lorsqu'elles servent de défense à l'action principale ou lorsqu'elles visent la compensation.

Plus spécialement, l'action en partage, indivisible, embrasse toutes les contestations dont la solution est nécessaire pour parvenir à la liquidation. Lorsque les parties adverses sont liées par un réseau de droits et d'obligations réciproques formant un tout, comme en matière de liquidation et de partage, il faut les considérer comme respectivement demanderesse et défenderesse, de sorte qu'en ces matières, les demandes nouvelles des parties sont permises en instance d'appel. Ces demandes doivent, en effet, 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, Pas. 5, page 458).

Les demandes présentées par A. en instance d'appel sont donc recevables.

3) Le bien-fondé des appels

- La qualification des immeubles situés à ..., ... (n° .../... et n° .../...)

A. fait exposer que le 17 juin 2002, il est devenu propriétaire d'une maison d'habitation sise à ..., ..., inscrite au cadastre sous le numéro ..., contenant 2 ares et 52 centiares, ainsi que d'un terrain inscrit au cadastre sous le numéro .../..., contenant 40 centiares, dans le cadre du partage et de la liquidation de la communauté de biens ayant existé entre lui-même et son épouse divorcée de premières noces. Cette maison d'habitation, située sur la parcelle numéro ..., a été vendue par l'appelant à sa fille issue d'une première union le 9 janvier 2009 pour le prix de ... euros.

Le 22 novembre 2005, les parties ont acheté une maison d'habitation avec terrain, sise à ..., ..., inscrite au cadastre sous le numéro ..., contenant 2 ares et 41 centiares pour le prix de ... euros, financée moyennant un crédit hypothécaire contracté par elles le 22 novembre 2005 auprès de la F1 pour un montant de ... euros. Suite à la vente de l'immeuble sis à ..., ..., inscrit au cadastre sous le numéro ..., ayant appartenu en propre à l'appelant, un montant de ... euros provenant de cette vente a été versé le 14 janvier 2009 par le notaire N1 sur le crédit hypothécaire commun contracté en 2005 auprès de la F1.

Le terrain avec maison sis à ..., ... portant le numéro cadastral ..., a été scindé en deux parties pour créer les parcelles n°... d'une contenance d'un are et 21 centiares sur laquelle est bâtie la maison d'habitation et n°.../..., d'une contenance d'un are et 20 centiares, constituant un terrain non bâti.

La maison d'habitation sise sur la parcelle n°...d'une contenance d'un are et 21 centiares a été vendue pour le prix de ...euros à la deuxième fille de l'appelant issue d'une première union le 1^{er} juin 2011. Le solde du produit de

cette vente a été partagée à parts égales entre les parties et viré par le notaire N1 sur les comptes respectifs des parties.

Sur la parcelle portant le n°.../..., d'une contenance d'un are et 20 centiares, achetée par les deux parties le 22 novembre 2005, et sur la parcelle n°.../... appartenant en propre à l'appelant, a été construit l'immeuble actuellement litigieux sis à ...,

L'appelant relate que les travaux de construction ont été entamés au cours de l'année 2009 et qu'ils ont été achevés au cours des années 2012 ou 2013. Au moment de la construction dudit immeuble, les parties n'auraient pas disposé de fonds communs leur permettant de construire la maison d'habitation sise à ..., ..., elles n'auraient pas non plus contracté de crédit hypothécaire aux fins de financer une telle construction et elles n'auraient pas encore disposé des fonds provenant de la vente de la maison d'habitation sise à ..., ..., le 1^{er} juin 2011, de sorte que cette construction aurait été financée par ses fonds propres perçus lors de la vente du 9 janvier 2009 pour une somme de ... euros. Cet état des choses se dégagerait des nouvelles pièces versées en instance d'appel.

Il en conclut que l'immeuble d'habitation litigieux situé à ..., ..., sur la parcelle n° .../... doit être qualifié de propre en vertu des dispositions de l'article 1406 du Code civil, sinon il demande l'attribution de la parcelle n° .../... contiguë à l'immeuble d'habitation propre en vertu des dispositions de l'article 1475 du même code.

B. adhère à la relation des faits telle que décrite par l'appelant dans l'acte d'appel, ci-dessus rappelée, quant aux mutations immobilières et investissements y décrits.

Elle se réfère toutefois à l'article 1402 du Code civil édictant la présomption de communauté de tout bien meuble ou immeuble si la preuve de leur caractère propre n'est pas rapportée et à l'article 1406 alinéa 1^{er} du même code pour soutenir qu'en l'espèce les conditions de l'accession ne sont pas données entre le terrain propre de A., le terrain commun acquis le 22 novembre 2005 et la construction y érigée pendant le mariage qui serait également à qualifier de commune. L'intention des anciens époux aurait été de construire une maison d'habitation servant de domicile conjugal sur le terrain commun et non de construire sur la parcelle propre de A.. Ce ne serait d'ailleurs que par hasard qu'il serait apparu en cours de procédure que la maison se trouverait en partie sur cette parcelle. L'immeuble d'habitation situé à ..., ... serait donc un immeuble commun et non l'accessoire d'un bien propre. L'article 1475 du Code civil ne serait finalement pas applicable, étant donné que la maison d'habitation serait à qualifier de bien commun et que seul l'immeuble appartenant à A. de 40 centiares serait un propre.

A. fait préciser qu'il entend fonder sa demande sur les dispositions de l'article 1434 alinéa 1^{er} du Code civil et que B. est en aveu judiciaire sur le fait qu'il a entièrement financé la construction de la maison d'habitation litigieuse par des fonds propres. L'actif de la communauté se limiterait donc à la seule parcelle n° .../... acquise en commun le 22 novembre 2005 et il serait de son intérêt prépondérant de se voir attribuer cette parcelle conformément à l'article 1475 alinéa 2 du Code civil.

La Cour se réfère à la relation des faits de l'appelant qui est conforme aux actes notariés, contrat de prêt, extraits bancaires et expertises versés.

Les juges de première instance ont correctement retenu que l'immeuble litigieux comportant une maison d'habitation et un terrain, situé à ..., ..., comprend deux parcelles, la parcelle propre n° .../... comprenant 40 centiares acquise le 17 juin 2002 par A. et celle commune n° .../... comprenant un are et 20 centiares acquise le 22 novembre 2005 par les deux époux.

Le tribunal s'est également à juste titre référé aux dispositions de l'article 552 du Code civil se rapportant au droit d'accession relativement aux choses immobilières et prévoyant que la propriété du sol emporte celle du dessus et du dessous.

En instance d'appel, B. admet que la construction de la maison d'habitation a été financée par des fonds propres de A. à concurrence de la somme de ...euros et, suivant le dernier état de ses conclusions, de la somme de ... euros qui représenterait le prix total de la construction.

Au vu de ce nouvel élément et conformément aux conclusions de A., les dispositions de l'article 1406 alinéa 2 du Code civil ne sauraient s'appliquer au présent cas d'espèce, la construction financée par des fonds propres ayant été érigée sur deux terrains, dont l'un était propre à A. et l'autre appartenait à la communauté de biens.

Suivant le plan annexé au rapport d'évaluation du 28 avril 2012 établi par l'expert E1, l'immeuble d'habitation construit pendant le mariage et ayant fait office de logement familial a été construit à cheval sur les parcelles propre n° .../... et commune n° .../... à raison d'environ la moitié de la surface de l'immeuble d'habitation situé sur chaque parcelle, de sorte que ces éléments immobiliers forment un tout indivisible et que le bien, dans son ensemble, ne peut avoir une double nature quant au droit de propriété.

L'article 546 du Code civil portant définition du droit d'accession dispose que « *la propriété d'une chose, soit mobilière, soit immobilière, donne droit sur tout ce qu'elle produit et sur ce qui s'y unit accessoirement, soit naturellement, soit artificiellement* » et l'article 551 du même code poursuit que « *tout ce qui s'unit et s'incorpore à la chose appartient au propriétaire* ».

Eu égard aux surfaces des parcelles respectives constituant l'assiette de la construction de l'immeuble d'habitation dont les parties ont fait leur logement familial et donc également des valeurs respectives que représentent ces terrains, il convient de retenir, conformément aux conclusions de B., que la commune intention des parties était la mise à disposition de la communauté, propriétaire de la parcelle de terrain d'une contenance d'un are et 20 centiares, par A. de sa parcelle propre d'une contenance de 40 centiares aux fins qu'elles forment un tout et qu'elles puissent recevoir la construction d'un nouvel immeuble en guise de logement familial.

La parcelle propre n° .../... constitue donc l'accessoire de la parcelle commune n° .../... et s'unit à celle-ci, conformément aux dispositions citées ci-dessus des articles 546 et 551 du Code civil et les dispositions de l'article 1406 alinéa 1^{er} du même code ne s'appliquent pas.

Il en découle que c'est à bon droit, quoique pour d'autres motifs que ceux retenus par eux que les juges de première instance ont qualifié l'immeuble situé à ..., ..., de bien commun, sous réserve d'indemnisation du conjoint pour les investissements effectués au moyen de ses propres.

Le régime d'indemnisation de droit commun prévu par l'article 555 du Code civil est ici exclu: si ce sont des deniers propres à l'un des époux qui ont financé l'opération, seul le régime des récompenses, et plus précisément l'article 1469, alinéa 3 du Code civil, sera applicable (Cass. civ. fr. 1^{ère}, 19 juill. 1966, D. 1966. 173, note J. Dedieu).

Aux termes de l'article 1475 alinéa 2 du Code civil se rapportant au partage, *« si un immeuble de la communauté est l'annexe d'un autre immeuble appartenant en propre à l'un des conjoints, ou s'il présente, en raison de sa contiguïté à cet immeuble, un intérêt prépondérant pour le conjoint propriétaire, celui-ci a la faculté de se faire attribuer par imputation sur sa part ou moyennant soulte, d'après la valeur du bien au jour où l'attribution est demandée »*.

Comme il a été retenu ci-dessus que l'immeuble propre forme un tout indivisible avec l'immeuble commun et que l'ensemble doit être qualifié de bien commun, l'article 1475 alinéa 2 précité du Code civil, s'appliquant à un bien commun formant simplement l'annexe d'un bien propre, n'est pas applicable en l'espèce et la demande de A. introduite sur cette base n'est pas fondée.

L'appel n'est donc pas fondé et le jugement entrepris est à confirmer en ce qu'il a retenu que l'ensemble de l'immeuble construit sur les parcelles numéros .../... et .../... est devenu commun et que ce bien est tombé en indivision à partir du 15 juin 2011 suite à la dissolution de la communauté.

- Les récompenses

a) Concernant les travaux de construction financés par des fonds propres

A. soutient que les fonds ayant financé les travaux de construction de la maison d'habitation sise à, proviennent de son compte courant personnel F1 F2 sur lequel la somme de ... avait été créditée le 5 février 2009 par le notaire N1, suite à la vente de l'immeuble lui ayant appartenu en propre par acte de liquidation et de partage 17 juin 2002. Il disposerait donc d'un droit à récompense de la part de la communauté de biens du chef des fonds propres mis à disposition pour la construction de la maison litigieuse. Conformément aux dispositions de l'article 1469 du Code civil, la récompense devrait s'élever au profit subsistant en procédant à une règle de trois en multipliant la valeur empruntée de ... euros par la valeur actuelle du bien et en divisant le montant ainsi obtenu par la valeur du bien au jour de l'emprunt. Il y aurait donc lieu d'évaluer l'immeuble sis à ..., ..., ..., en vue du calcul de la récompense qui serait à allouer avec les intérêts légaux compter du jour de la dissolution de la communauté, le 15 juin 2011.

B. admet, au vu des nouvelles pièces produites, que A. a payé des factures se rapportant à la construction de la maison commune pour une somme totale de ... euros par des fonds propres et elle se remet à la sagesse de la Cour concernant l'évaluation de la récompense y afférente redue par la communauté à A..

A. fait répliquer que les factures par lui payées au moyen de fonds propres s'élèvent à la somme de ... euros, de sorte que le profit subsistant serait à calculer, principalement, sur base de la somme de ... euros et, subsidiairement, sur base de la somme de ... euros.

Suite à l'évaluation de l'expert E1 du 25 septembre 2020, retenant une valeur de la construction de ... euros et du terrain de ... euros, une expertise pour évaluer la valeur actuelle de la construction ainsi que de sa parcelle propre ne serait plus nécessaire, seule une évaluation de la valeur de la construction au moment de l'emprunt serait nécessaire.

B. propose de retenir la somme des factures représentant les frais de construction, pour lesquels elle admet finalement qu'ils s'élèvent à ... euros, comme représentant la valeur de la construction au jour de l'emprunt de fonds propres.

A. se déclare d'accord avec cette façon de procéder.

Aux termes de l'article 1433 du Code civil, « *la communauté doit récompense au conjoint propriétaire toutes les fois qu'elle a tiré profit de biens propres* ».

Il est actuellement établi au vu des pièces versées et de l'aveu de B. que A. a investi la somme de ... euros à titre de fonds propres dans la construction de l'immeuble d'habitation sis à ..., ..., de sorte que la communauté lui doit récompense.

En vertu des dispositions de l'article 1469 du Code civil, « *la récompense est, en général égale à la plus faible des deux sommes que représentent la dépense faite et le profit subsistant* », elle ne peut être moindre que le profit subsistant, lorsque la valeur empruntée a servi à acquérir, à conserver ou à améliorer un bien qui se retrouve, au jour de la dissolution de la communauté, dans le patrimoine emprunteur. Le montant des récompenses s'apprécie finalement en fonction du profit existant au moment de la liquidation de la communauté.

Par profit subsistant on entend l'avantage réellement procuré au fonds emprunteur au jour de la liquidation et pour sa détermination, il y a lieu de rechercher et de comparer la valeur du bien en l'état au jour de l'estimation et celle qu'il aurait eue, au même moment, si l'impense n'avait pas été faite: la différence positive, nulle ou même négative, désigne le profit subsistant (Jurisclasseur, Communauté légale, civil, art. 1469 à 1474, Fasc. 55, n° 82).

Le calcul du profit subsistant pour la masse débitrice procède donc d'une simple soustraction: de la valeur du bien amélioré on défalque ce qu'il vaudrait abstraction faite de l'amélioration en question et ce au jour de l'estimation.

Le principe que la communauté doit une récompense égale à la proportion dans laquelle le bien emprunté a contribué à l'acquisition et l'amélioration du bien commun (Cass civ. fr. 26 septembre 2012, n° 11-20196 Bulletin 2012, I, n°183) ne s'applique que si le bien commun a été financé conjointement par des biens communs et par des biens propres.

En l'espèce, les parties s'accordent pour dire que A. a entièrement financé la construction de la maison d'habitation située ..., à ..., par ses fonds propres pour un total de ... euros.

Il se dégage du rapport d'évaluation E1 du 25 septembre 2020 qu'à cette date, proche de la liquidation, la valeur du bâtiment et du terrain s'élève à ... euros, dont la construction représente une valeur de ... euros.

La récompense due par la communauté à A. s'élève donc à ... euros, avec les intérêts légaux à partir du 15 juin 2011, jour de la dissolution de la communauté, jusqu'à paiement, conformément aux dispositions de l'article 1473 du Code civil.

L'appel de A. est donc fondé sur ce point.

b) Concernant les fonds propres ayant servi à l'apurement du crédit commun

A. demande une récompense d'un montant de ... euros du chef des fonds propres versés le 14 janvier 2009 pour l'apurement partiel du crédit hypothécaire commun contracté le 22 novembre 2005, avec les intérêts au taux légal à partir du jour de la dissolution de la communauté, le 15 juin 2011.

B. reconnaît que la communauté redoit une récompense à A. en contrepartie de l'apurement partiel du prêt hypothécaire commun par des fonds propres à concurrence de ... euros. La récompense devrait s'élever à cette somme, avec les intérêts légaux à partir du 15 juin 2011.

Les juges de première instance ont retenu à juste titre et pour des motifs que la Cour adopte qu'en vertu des articles 1433 et 1473 du Code civil, A. dispose d'une créance de récompense de ... euros, avec les intérêts au taux légal à partir du 15 juin 2011, à l'égard de la communauté en raison de l'apurement par des fonds propres d'une partie du prêt hypothécaire commun ayant servi à l'acquisition de la maison d'habitation avec terrain, sise à ..., ..., ..., inscrite au cadastre sous le numéro

L'appel n'est donc pas fondé et le jugement entrepris est à confirmer à cet égard.

c) Concernant l'apport en communauté de l'immeuble propre de A.

Dans un ordre d'idées subsidiaire, l'appelant critique le jugement du 16 juin 2020, ayant dit qu'il a droit à une récompense à charge de la communauté du fait de son apport en communauté de la parcelle numéro .../... et ayant, avant tout autre progrès en cause, concernant la fixation du montant de cette récompense, nommé un expert, avec la mission de déterminer la valeur actuelle de l'immeuble construit sur les parcelles communes situées à ..., ..., inscrites au cadastre sous les numéros .../... et .../....

Il ne remet pas en cause l'existence de son droit à récompense retenue par le tribunal, mais fait valoir en instance d'appel que le montant de la récompense due par la communauté reste à définir. Dans un premier temps, il conclut à l'institution d'une expertise par la Cour, pour conclure ensuite à voir fixer la valeur du terrain commun à la somme de ... euros, dont ... euros représenteraient la valeur actuelle du fonds propre apporté en communauté

par lui, sur base du rapport d'expertise E1 demandé par le tribunal dans son jugement du 16 juin 2020.

B. admet que la communauté redoit une récompense à A. et s'en remet à la sagesse de la Cour concernant l'évaluation.

Or, dans la mesure où le tribunal a ordonné une expertise à ces fins, il convient de s'interroger au sujet de la recevabilité de l'appel principal en ce qu'il porte sur ce chef du jugement déféré au regard des dispositions de l'article 579 du Nouveau Code de procédure civile prévoyant que « *les jugements qui tranchent dans leur dispositif une partie du principal et ordonnent une mesure d'instruction ou une mesure provisoire peuvent être immédiatement frappés d'appel comme les jugements qui tranchent tout le principal. Il en est de même lorsque le jugement qui statue sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident met fin à l'instance* » et de l'article 580 du même code disposant que « *les autres jugements ne peuvent être frappés d'appel indépendamment des jugements sur le fond, que dans les cas spécifiés par la loi* ».

Ces dispositions étant d'ordre public (Cour 15 mars 2017, Pas. 38, p. 407) et aucune des parties à l'instance n'ayant pris position à leur sujet, il y a lieu de révoquer l'ordonnance de clôture de l'instruction sur ce seul point aux fins de permettre aux parties de conclure à ce sujet.

- Le prélèvement en nature et la licitation

Soutenant que, compte tenu de l'envergure des récompenses lui redues par la communauté, ainsi que de la composition de la masse à partager (maison + parcelles), le compte des récompenses présentera un solde à charge de la communauté et en sa faveur, l'appelant au principal estime être créancier de la communauté pour un montant restant encore à définir, mais en tout état de cause d'au moins ... euros et avoir le choix d'en exiger le paiement ou de prélever à son choix des biens parmi ceux qui sont entrés en communauté de son chef, conformément à l'article 1470 alinéa 2 du Code civil. A. demande donc un prélèvement en nature de la maison d'habitation ainsi que des parcelles commune n°.../... et propre devenue commune n°.../... sur base de l'article 1470 alinéa 2 du Code civil. Subsidièrement, il choisit de faire un prélèvement en nature de la maison d'habitation et demande l'attribution des parcelles commune n°.../... et propre devenue commune n°.../.... La demande de B. en licitation de l'immeuble construit sur les parcelles propre et commune devrait donc être rejetée.

B. conteste que le compte des récompenses présente un solde à charge de la communauté en faveur de l'appelant, étant donné qu'il resterait un montant important à partager. Elle conclut à la confirmation du jugement déféré en ce qu'il a ordonné la licitation de l'immeuble concerné en son entier.

Aux termes de l'article 1470 du Code civil, « *si, balance faite, le compte présente un solde en faveur de la communauté, le conjoint en rapporte le montant à la masse commune. S'il présente un solde en faveur du conjoint, celui-ci a le choix ou d'en exiger le paiement ou de prélever à son choix des biens parmi ceux qui sont entrés en communauté de son chef ce jusqu'à concurrence de la somme qui lui est due* ».

Il a été retenu ci-dessus que l'immeuble d'habitation construit à cheval sur les parcelles propre n° .../... et commune n° .../... forme un tout indivisible avec celles-ci, de sorte qu'aucune partie de ce bien ne saurait faire l'objet d'un prélèvement à titre individuel.

Par ailleurs, le prélèvement n'est possible que dans la limite du montant de la créance de A. qui, même restant encore à déterminer, sera nécessairement inférieur à la valeur totale de l'immeuble indivis. Lorsque la valeur du bien à prélever est trop importante par rapport à la créance de l'époux, il convient de procéder à la licitation (CA Paris 3 février 1969, D. 1969, somm. p. 97).

La demande de prélèvement en nature de A. n'est donc pas fondée et le jugement du 16 juin 2020 est à confirmer pour avoir ordonné la licitation de l'immeuble construit sur les parcelles communes situées à ..., ..., inscrites au cadastre sous les numéros .../... et .../....

- L'indemnité d'occupation

B. qui relate avoir quitté le domicile conjugal, situé à ..., ..., le 1^{er} juin 2011 et ne plus avoir été en mesure de le réintégrer en raison du comportement agressif et injurieux de A. et qui a introduit une demande en divorce contre son époux le 13 novembre 2012, ayant donné lieu à une ordonnance de référé du 28 mai 2013, demande le paiement par A. à l'indivision post-communautaire d'une indemnité d'occupation de l'immeuble commun devenu indivis le 15 juin 2011 à partir du 13 novembre 2012, sinon du 28 mai 2013, jusqu'en décembre 2020 et se réserve le droit de réclamer cette même indemnité jusqu'au jour du déguerpissement de A.. L'immeuble ayant été évalué par l'expert E1 à la somme de ... euros le 28 avril 2012 et à ... euros le 4 septembre 2020, il conviendrait de retenir une valeur moyenne de ... euros comme valeur de l'immeuble et l'indemnité due s'élèverait à ... euros par mois.

A. s'oppose à la demande au motif que l'immeuble litigieux lui est propre, sinon que son occupation de l'immeuble n'excluait ni en droit ni en fait celle concurrente de B. qui serait partie de son plein gré. Il conteste avoir provoqué le départ de l'épouse par son comportement et relève que le divorce entre parties a été prononcé aux torts de B. qui a quitté le domicile conjugal de manière injustifiée.

Les dispositions combinées des articles 266 et 815-9 du Code civil, dans leur rédaction avant l'entrée en vigueur de la loi du 27 juin 2018, applicables au présent litige, permettent de retenir qu'à compter de la date de la demande en divorce à laquelle le jugement de divorce prend effet dans les rapports patrimoniaux entre époux, sauf report des effets tel qu'effectué en l'espèce au 15 juin 2011, une indemnité est due par le conjoint qui jouit privativement d'un bien indivis. Elle constitue la contrepartie d'une jouissance privative d'un bien appartenant indivisément à deux personnes et est donc une compensation pécuniaire.

Il ne suffit pas, cependant, qu'il existe une indivision pour que l'indemnité d'occupation prévue à l'article 815-9 alinéa 2 du Code civil soit due.

Les juges de première instance ont relevé à juste titre qu'il faut que le demandeur apporte la preuve que la jouissance du bien indivis par l'autre

indivisaire est exclusive. Ils ont correctement énoncé à cet égard que la notion de jouissance exclusive s'entend d'une occupation privative de l'immeuble indivis, écartant le droit de jouissance concurrent des autres indivisaires. Le caractère exclusif de la jouissance privative relève de l'appréciation souveraine des juges du fond et elle doit être établie par l'indivisaire qui sollicite l'indemnité d'occupation.

Les juges de première instance ont encore décidé à juste titre que le départ spontané de B. du domicile conjugal en juin 2011 ne caractérise pas une impossibilité dans son chef d'occuper l'immeuble litigieux, ce d'autant moins qu'elle n'établit pas le comportement agressif qu'elle allègue dans le chef de A.. L'assignation en divorce n'est pas non plus pertinente à cet égard.

Suivant ordonnance de référé du 28 mai 2013, A. a été autorisé à résider séparé de son épouse à ..., ..., avec interdiction à B. de l'y troubler à l'avenir. A partir de cette date, B. n'avait donc plus le droit de se rendre à l'ancien domicile conjugal et l'occupation de celui-ci par A. est devenue exclusive, par réformation du jugement du 16 juin 2020.

La demande de B. en paiement d'une indemnité d'occupation par A. au profit de l'indivision post-communautaire est donc fondée en son principe.

Conformément aux conclusions de B., il convient de retenir une valeur moyenne de l'immeuble indivis de ... euros, se dégageant des deux rapports d'évaluation établis par E1 en 2012 et en 2020, pour le calcul de l'indemnité d'occupation.

L'indemnité d'occupation ne doit pas correspondre exactement à la valeur locative du bien concerné, étant donné que l'occupation par un indivisaire ne se fait pas en vertu d'un contrat de bail, mais qu'elle est essentiellement précaire, les autres indivisaires pouvant à tout moment demander le partage et la licitation de l'immeuble.

Au vu de cet élément, l'indemnité est à fixer en l'occurrence à la somme mensuelle de ... euros à partir du 28 mai 2013.

Par réformation du jugement entrepris, il convient donc de dire que l'indivision post-communautaire dispose d'une créance de ... euros par mois à l'égard de A. à partir du 28 mai 2013, jusqu'au mois décembre 2020, sous réserve pour B. de réclamer cette même indemnité jusqu'au jour où A. aura quitté l'immeuble indivis.

L'appel incident est donc fondé et la créance de l'indivision post-communautaire à l'égard de A. à titre d'indemnité d'occupation du bien indivis s'élève à la somme de (... x 79=) ... euros en décembre 2020, sous réserve des mensualités à échoir jusqu'au jour où A. aura quitté l'immeuble.

4) Les accessoires

Le tribunal n'ayant pas statué sur les frais et dépens de la première instance, les appels dirigés à cet égard contre le jugement du 16 juin 2020 sont sans objet.

Au vu de la réouverture des débats à intervenir sur la recevabilité de l'appel concernant la détermination de la valeur de l'immeuble propre apporté en

communauté, il convient de surseoir à statuer au sujet des demandes accessoires et des frais et dépens de l'instance d'appel.

PAR CES MOTIFS

la Cour d'appel, première chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement,

reçoit les appels principal et incident en la forme,

révoque l'ordonnance de clôture de l'instruction et rouvre les débats au sujet de la recevabilité de l'appel principal en ce qu'il est dirigé, à titre subsidiaire, contre le chef du jugement du 16 juin 2020 ayant ordonné une expertise,

renvoie ce chef de l'appel devant le magistrat de la mise en état,

reçoit les appels pour le surplus,

reçoit les demandes introduites en instance d'appel par A. sur base des articles 1470 alinéa 2 et 1475 du Code civil,

les dit non fondées,

dit les appels principal et incident partiellement fondés,

réformant,

fixe la récompense due par la communauté à A. du chef du financement par des fonds propres de la construction de la maison d'habitation sise à, à la somme de ... euros, avec les intérêts légaux à partir du 15 juin 2011, jusqu'à paiement,

fixe la créance de l'indivision post-communautaire à l'égard de A. du chef de l'occupation de l'immeuble situé à, à la somme totale de ... euros du 28 mai 2013 à décembre 2020,

réserve à B. le droit de réclamer les mensualités à échoir à raison de ... euros par mois, jusqu'au jour où A. aura quitté l'immeuble indivis,

confirme le jugement pour le surplus sauf en ce qui concerne l'appel dirigé contre le chef du jugement du 16 juin 2020 ayant ordonné une mesure d'instruction,

dit sans objet l'appel concernant les frais et dépens de la première instance,

réserve le surplus, les demandes introduites par les parties respectives sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile, ainsi que les frais et dépens.