

Arrêt civil

Audience publique du 30 janvier deux mille treize

Numéro 36912 du rôle.

Composition:

Marie-Anne STEFFEN, président de chambre;
Odette PAULY, premier conseiller;
Elisabeth WEYRICH, conseiller;
Daniel SCHROEDER, greffier.

E n t r e :

S),

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Guy ENGEL de Luxembourg en date du 5 novembre 2010,

comparant par Maître Sabrina MARTIN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg ;

e t :

K),

intimé aux fins du susdit exploit ENGEL du 5 novembre 2010,

comparant par Maître Jean-Georges GREMLING, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par acte notarié du 19 mai 2004 (numéro 14.778), intitulé « Séparation de biens avec liquidation et partage de communauté », K) et son épouse S), ayant deux enfants communs, CK), née le 29 octobre 1995, et AK), né le 19 mars 1999, et étant mariés depuis le 12 septembre 1995 sous le régime légal de la communauté tel qu'organisé par le code civil luxembourgeois, déclarent adopter le régime de la séparation de biens.

Entre autres, ils y déclarent s'attribuer à titre de partage à chacun la moitié de la maison y spécifiée à X), K) se voyant attribuer en outre, la voiture Punto et le motorcycle, à charge pour lui de reprendre la moitié du crédit hypothécaire auprès de BANQUE B), S) se voyant attribuer outre la moitié de la maison à X), la voiture Ford, à charge pour elle de reprendre la moitié du crédit hypothécaire auprès de BANQUE B), évalué à un import de 410.191,16.- euros.

Par acte notarié du 19 mai 2004 (numéro 14.779), intitulé « Convention en vue d'un divorce par consentement mutuel », les époux K)-S) conviennent, entre autres, de ce que S) résidera à X) et K) à telle autre adresse, de ce que S) a le droit de garde concernant les enfants communs, avec les droits de visite et d'hébergement y spécifiés pour K), de ce que l'hébergement principal des enfants est à la résidence de leur mère et l'hébergement secondaire à celle de leur père, de ce que « la charge de l'entretien, de l'éducation et de la formation adéquate des enfants est supportée exclusivement par S) », de ce qu'à titre de contribution forfaitaire aux entretien, éducation et formation adéquats des enfants, K) paie à S) une somme mensuelle totale de 750.- euros, soit de 375.- euros par enfant, de ce qu'en outre, il verse mensuellement un montant de 25.- euros sur le CPP de chaque enfant et, finalement, de ce que S) se voit régler par K) une pension alimentaire personnelle de 250.- euros par mois.

Par contrat sous seing privé du 21 mai 2004, conclu « en complément à la séparation de biens avec liquidation et partage de communauté du 19 mai 2004 – numéro 14.778 ... », K) et S) conviennent, entre autres, de ce que la maison à X) est vendue en été 2010, de ce que le profit en résultant est à partager à parts égales, de ce que « pour compenser le fait que S) occupe cette maison, elle verse une indemnité d'occupation de € 1.500,- par mois sur le compte du remboursement du crédit hypothécaire » et de ce que, « jusqu'à ce que la maison soit vendue ou rachetée, Mme S) assurera les frais courants de la maison (assurance, taxes communales, eau, électricité, petites réparations), les frais incombant aux propriétaires (grandes réparations) étant partagés » (cf points 2. et 3. de l'acte sous seing privé sous « 1.- Biens immeubles »).

Enumérant cinq fonds nominatifs, dont deux au nom de S) et trois au nom de K), la convention 21 mai 2004 prévoit sous « 2.- Fonds » :

« Les pertes et bénéfices des fonds ... au nom de M. K) et de Mme S) sont à partager entre les deux parties, un bilan étant fait à la fin de chaque année ».

La première comparution des époux K)-S) devant la président du tribunal d'arrondissement de Luxembourg aux fins de leur divorce par consentement mutuel a lieu le 14 juillet 2004.

Le tribunal d'arrondissement de Luxembourg prononce le divorce par consentement mutuel K)-S) par jugement du 20 janvier 2005, sans que le contrat sous seing privé du 21 mai 2004 ne soit produit aux fins de son homologation lors de la procédure du divorce par consentement mutuel.

Par exploit d'huissier du 3 juillet 2009, S) assigne K) à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg.

Faisant valoir, entre autres, que le contrat sous seing privé du 21 mai 2004 modificatif de l'acte notarié du 19 mai 2004 (14.778) est dépourvu de tout effet juridique pour ne pas être soumis au tribunal dans le cadre de la procédure du divorce par consentement mutuel, que plus particulièrement les clauses prévoyant en son chef le paiement d'une indemnité d'occupation et la prise en charge des frais y spécifiés de la maison à X) lui causent un préjudice certain dans la mesure où elle n'occupe pas la maison à titre privatif, mais y vit avec les enfants communs, que la clause lui imposant le paiement d'une indemnité d'occupation est contraire aux règles régissant l'indivision post-communautaire, spécialement, à l'article 815-9 du code civil, faisant valoir encore que la jouissance gratuite du logement familial constitue un avantage en nature compensant la relative modicité de la contribution de K) aux frais d'entretien et d'éducation des enfants communs dont elle a la garde, que le principe même d'une indemnité d'occupation est à exclure, se prévalant encore de son erreur quant à la cause même du partage, sinon de l'absence de cause, respectivement de la cause illicite, invoquant finalement à l'appui de son droit au remboursement la répétition de l'indu, sinon l'enrichissement sans cause, S) demande de voir prononcer la nullité de l'acte sous seing privé du 21 mai 2004, pour le moins celle des dispositions contractuelles relatives à l'indemnité d'occupation et aux frais de la maison pour, principalement, se voir décharger du paiement de l'indemnité d'occupation pour la période allant de juillet 2004 à janvier 2009 inclus et voir ordonner le remboursement de ces indemnités d'occupation, faisant valoir à cet égard qu'elle a durant cette période réglé le montant de 82.500.- euros du chef d'indemnités d'occupation (55 x 1.500),

que la mensualité réduite pour le remboursement du prêt hypothécaire grevant la maison à X) est de 2.779,59.- euros, soit conventionnellement un montant de 1.389,80.- euros pour chacune des parties, faisant valoir encore qu'elle règle, durant la période allant de juillet 2004 à janvier 2009 à la banque le montant de 2.145.- euros, tandis que K) ne rembourse pendant la même période le prêt hypothécaire que par mensualités de 645.- euros, que depuis février 2009, elle paie mensuellement le montant de 1.389,80.- euros sur le compte de remboursement du prêt hypothécaire, déduisant de ces éléments que son préjudice « se chiffre, par compensation entre sa part de remboursement au titre du prêt hypothécaire et le règlement des indemnités d'occupation non dues à un montant de $(2.145 - 1.389,80) \times 55$ mois (pour la période s'étalant de juillet 2004 à janvier 2009), soit 41.536.- € au total, S) demande que K) soit de condamné à lui payer cette somme de 41.536.- euros et celle de 2.783,05.- euros (représentant la moitié des frais courants de la maison X) déboursés par elle de juillet 2004 jusqu'en 2009, soit un total de 44.319,05.- euros, faisant valoir encore que John « K) reste en défaut de lui soumettre un bilan détaillé des fonds communs à la fin de chaque année, en particulier des fonds souscrits au nom de » K), S) demande encore que celui-ci se voie enjoindre « de fournir tous les extraits afférents aux fonds souscrits au nom » de K), subsidiairement, elle sollicite la réduction de l'indemnité d'occupation à de plus justes proportions.

Par conclusions du 1^{er} décembre 2009, K) demande reconventionnellement de voir condamner S) au paiement d'une indemnité d'occupation mensuelle de 1.500.- euros pour la période allant du 21 mai 2004 au 31 novembre 2009, soit un import de 92.032,26.- euros (532,26 + 91.500).

Par exploit d'huissier du 5 novembre 2010, S) interjette régulièrement appel contre le jugement rendu le 7 juillet 2010 par le tribunal d'arrondissement de Luxembourg déclarant ses demandes en nullité -totale ou partielle- de l'acte sous seing privé du 21 mai 2004 non fondées, la déboutant partant de sa demande visant à voir retenir qu'elle n'est pas débitrice de l'indemnité d'occupation et de celle tendant au remboursement des indemnités d'occupation réglées de juillet 2004 à janvier 2009, disant non fondée sa demande en réduction de l'indemnité d'occupation ainsi que celle visant à voir condamner K) à contribuer aux frais courants de la maison, et la condamnant à payer à celui-ci le montant de 15.000.- euros représentant les indemnités d'occupation mensuelles couvrant la période allant de février 2009 à novembre 2009 inclusivement, le jugement enjoignant pour le surplus, avant tout autre progrès en cause, à K) de fournir les extraits et pièces justificatifs quant aux trois fonds d'investissement souscrits à son nom.

L'appelante demande que, par voie de réformation, il soit fait droit à ses demandes de nullité de la convention du 21 mai 2004, qu'il soit retenu qu'elle ne redoit paiement, ni d'indemnités d'occupation, ni de frais courants, qu'en conséquence K) soit condamné à lui payer le montant réclamé de 44.319,05.- euros, demandant subsidiairement que le montant de l'indemnité d'occupation soit réduit et que, finalement, la demande reconventionnelle de K) soit déclarée irrecevable, sinon non fondée.

Sollicitant le rejet de l'appel, K) interjette appel incident aux fins de voir condamner S) au paiement des indemnités d'occupation concernant les périodes allant du 21 mai 2004 au 31 mai 2004 (532,26.- euros), du 1^{er} juin 2004 au 30 novembre 2009 (91.500.- euros) et, aux termes de ses conclusions du 4 novembre 2011, du 1^{er} février 2009 au 30 novembre 2010 (33.000.- euros), renonçant aux termes de ses dernières conclusions à sa demande en obtention de l'indemnité d'occupation relative au mois de décembre 2010.

S) conclut à l'irrecevabilité de l'appel incident, motif pris de ce que K) ne présente pas en première instance une demande tendant à la voir condamner au paiement d'une indemnité d'occupation « allant du mois de décembre 2009 au mois de novembre 2010 ».

D'une part, l'objet de la demande reconventionnelle en obtention des indemnités d'occupation échues régulièrement présentée en première instance par K) ne peut pas porter sur des indemnités d'occupation non encore échues à l'époque.

D'autre part, la demande visant à voir condamner S) au paiement de 1.500.- euros du chef d'indemnités d'occupation mensuelles du 1^{er} décembre 2009 au 30 novembre 2010 (33.000.- euros) constitue une demande nouvelle recevable au sens de l'article 592 du nouveau code de procédure civile, étant à préciser que les indemnités d'occupation litigieuses, quoique pour partie échues antérieurement au jugement entrepris -mais en cours de première instance-, peuvent être régulièrement réclamées pour la première fois en instance d'appel, malgré les termes de l'article 592 précité « échus depuis le premier jugement » (cf Encyclopédie Dalloz, V^o Demande nouvelle, n^o 105, éd. 1955).

L'appel incident est, par conséquent, recevable pour autant qu'il tend à l'obtention des indemnités d'occupation relatives aux périodes allant du 21 mai 2004 jusqu'au mois de janvier 2009 inclus, et du mois de décembre 2009 jusqu'au mois de novembre 2010 inclusivement.

Par acte notarié du 30 juin 2011, la maison à X) est vendue au prix de 785.000.- euros.

Selon S), le notaire réglant, moyennant le produit de la vente, la dette hypothécaire grevant l'immeuble ainsi que les frais de la radiation de l'inscription hypothécaire, chacune des parties doit percevoir sur le solde résiduel de 500.016,98.- euros, conformément à l'acte notarié de liquidation du 19 mai 2004, la somme de 250.008,49.- euros.

Quant au fond, S) est à débouter de sa demande tendant à l'annulation de l'acte sous seing privé du 21 mai 2004 en son intégralité.

En effet, tout en sollicitant, principalement, la nullité intégrale de cette convention, S) en demande, toujours à titre principal, l'exécution partielle, à savoir celle ayant trait aux dispositions concernant les fonds nominatifs y énumérés sous « 2.- Fonds ».

En ce qu'elle sollicite l'exécution de ces dispositions de la convention du 21 mai 2004, elle ne saurait, sans se contredire, demander l'annulation de l'acte sous seing privé en question dans son intégralité.

Par sa demande en exécution partielle de cette convention, S) renonce dès lors implicitement, mais nécessairement à sa demande visant à « voir déclarer nulle et dépourvue de tout effet la convention sous seing privé du 21 mai 2004 dans son intégralité ... ».

Concernant la demande en nullité des points 2. et 3. sous « 1.- Biens immeubles » ci-avant reproduits de l'acte sous seing privé du 21 mai 2004, aux termes desquels S), occupant l'immeuble indivis à X) avec les enfants communs, s'oblige au versement d'une « indemnité d'occupation de € 1.500.- par mois sur le compte du remboursement du crédit hypothécaire » et à assurer le paiement des frais courants de la maison y spécifiés, ainsi que la moitié des frais des « grandes réparations », il y a lieu de relever qu'en imposant aux époux entendant divorcer par consentement mutuel, de régler préalablement leurs droits respectifs concernant, notamment, leurs biens meubles et immeubles, les articles 276 et 277 du code civil laissent les époux, en principe, libres de fixer leurs droits respectifs y relatifs, sous la réserve, toutefois, que les conditions de leur divorce ne soient pas contraires à l'ordre public.

La production obligatoire, dans le cadre de la procédure de divorce par consentement mutuel, des conventions prévues aux articles précités, conclues par les époux en vue de leur divorce par consentement mutuel - également de celles modificatives de l'acte notarié réglant les droits des époux quant aux biens-, vise à permettre au juge de vérifier, au mieux, la sincérité du consentement des époux dans le règlement des conditions de

leur divorce et que le consentement y conféré par chacun des époux ne l'est pas sous une contrainte éventuelle de l'autre.

A l'appui de son argumentation tenant à la nullité des clauses 2. et 3. ci-avant visées de l'acte sous seing privé du 21 mai 2004, pour ne pas être produites pendant la procédure du divorce par consentement mutuel, S) fait valoir que, contrairement à l'appréciation des premiers juges, ces clauses ont une incidence directe sur la situation patrimoniale des parties telle qu'elle se présente au vu des actes notariés du 19 mai 2004 présentés en justice comme réglant leurs situations -notamment- patrimoniales, et prévoyant que chaque époux se voit attribuer la moitié de la maison et prend à sa charge la moitié du prêt hypothécaire, tout en mentionnant que S) demeure avec les enfants communs dans la maison à X), et que K) vit à telle autre adresse.

Cette argumentation est à dire non fondée par adoption des motifs exhaustifs, que la Cour fait intégralement siens, par lesquels les premiers juges retiennent, entre autres, que l'acte sous seing privé du 21 mai 2004 « ne modifie dans aucune de leurs dispositions, ni la convention de liquidation et de partage de la communauté des biens légale, ni la convention en vue du divorce par consentement mutuel signées le 19 mai 2004 par devant le notaire Y) », que « le contenu de la convention du 21 mai 2004 ni ne modifie, ni ne remet en cause les droits respectifs des époux dans leurs biens meubles et immeubles tels qu'ils ont été fixés dans la convention de liquidation et de partage de la communauté légale et n'affecte aucune des mesures réglées par les parties par application de l'article 277 du code civil dans la convention en vue du divorce par consentement mutuel », que « la convention sous seing privé du 21 mai 2004 ne fait notamment qu'arrêter les modalités de distribution entre parties des pertes et bénéfices futurs provenant de la souscription de fonds d'investissement, du produit de la vente future de la maison appartenant indivisément aux deux parties et de l'ancien salon et de la rentrée future de fonds provenant du remboursement de la TVA, d'une garantie bancaire et du remboursement à effectuer par une agence de voyage », et que « la fixation d'une indemnité d'occupation à payer par S) en raison de l'occupation de l'immeuble indivis », tout comme « l'engagement pris par S) de régler les frais courants en relation avec l'occupation de ladite maison et l'accord sur le maintien des deux enfants communs à l'Ecole européenne, ne sont pas non plus de nature à entraîner une modification des droits des parties fixés dans les deux conventions conclues le 19 mai 2004 par devant le notaire Y) ».

C'est encore à tort que S) fait valoir que le contrat sous seing privé du 21 mai 2004 « règle les droits respectifs des époux quant aux biens meubles et immeubles <omis> dans la convention notariée de liquidation et de partage du 19 mai 2004 ».

En effet, tant la maison à X), que les fonds d'investissement font l'objet d'un partage entre les époux K)-S) aux termes de l'acte notarié du 19 mai 2004 numéro 14.778.

De même, les autres dispositions du contrat sous seing privé du 21 mai 2004 sont prises en considération par l'acte notarié numéro 14.778 du 19 mai 2004, en ce qu'il retient que les époux K)-S) déclarent que:

- « ils ont repris chacun leurs biens propres, vêtements et autres objets personnels, et conserveront sur leurs comptes personnels les sommes y figurant » ;

- « les meubles meublants et autres objets mobiliers dépendant de leur communauté de biens ont été partagés aux droits des parties antérieurement aux présentes ; à ce sujet ils se consentent décharge réciproque » ;

- « il n'y a pas lieu de procéder à des opérations de reprises et de récompenses » ;

- « outre les dettes ci-après, ils déclarent ne pas avoir d'autres dettes vis-à-vis de tiers ».

La convention sous seing privé du 21 mai 2004 ne fait que matérialiser par écrit l'essentiel de ces accords.

Il découle de l'ensemble de ces développements que l'acte sous seing privé du 21 mai 2004 porte sur des dispositions non visées par l'article 276 du code civil, respectivement que les extraits ci-avant reproduits de l'acte notarié du 19 mai 2004 (14.778) renvoient à l'existence de l'accord des parties réglant le détail de leurs biens et droits mentionnés de manière globale à cet acte notarié.

Il en résulte que, tel que le retiennent les premiers juges, d'une part, la non production de l'acte sous seing privé du 21 mai 2004 dans le cadre de la procédure du divorce par consentement mutuel est sans incidence quant au fait que le juge a pu vérifier, en toute connaissance de cause, l'existence des actes légalement prescrits par les articles 276 et 277 du code civil, sur la base desquels les époux K)-S) persistent dans leur détermination de divorcer par consentement mutuel et sollicitent le prononcé du jugement afférent et que, d'autre part, les clauses litigieuses du 21 mai 2004 ne modifient pas les actes du 19 mai 2004, partant lient valablement les parties, en l'absence de toute homologation.

Par ailleurs, le fait que « la convention de liquidation et partage du 19 mai 2004 ne prévoit nullement d'indemnité d'occupation » ne permet pas de retenir que, partant, « S) bénéficie d'une convention notariée l'autorisant à

résider dans la maison à X) », cet acte notarié se confinant à attribuer à titre de partage à chacun des époux la moitié de la maison à X).

Le fait encore que l'acte notarié du 19 mai 2004 (14.779) autorise S) à résider pendant le temps des épreuves dans la maison à X), sans évoquer le paiement d'une indemnité d'occupation en contrepartie, ne permet aucune déduction quant au caractère gratuit ou payant de cette occupation, la clause afférente de l'acte notarié se limitant à se conformer à l'obligation imposée aux époux par l'article 277 du code civil, consistant à « constater par écrit leur convention visant : 1° la résidence de chacun des époux pendant le temps des épreuves ».

Aucune disposition légale n'impose aux époux entendant divorcer par consentement mutuel de constater dans cet acte également leur convention tenant au caractère payant ou gratuit de la résidence au domicile familial y attribuée, le cas échéant, à l'un ou l'autre des époux.

De même, l'affirmation de S), selon laquelle les clauses en question seraient sans « effet exécutoire » pour ne pas être soumises à l'homologation inhérente au divorce par consentement mutuel, n'est pas pertinente, ces clauses conventionnelles tirant, à l'instar de tout contrat -non soumis à une procédure spéciale- leur force obligatoire de l'article 1134 du code civil aux termes duquel la convention fait la loi des parties, et peuvent, en tant que telles, faire l'objet de demandes judiciaires en exécution forcée.

C'est encore à tort que S) soutient que les clauses litigieuses de la convention du 21 mai 2004 sont « abusives dans la mesure où elles constituent une atteinte à la cause du partage qui ... <n'a d'autre raison d'être que de déterminer les droits préexistants qui appartenaient aux copartageants sur la masse indivise> ».

En effet, en matière de divorce par consentement mutuel les époux sont, contrairement au principe en question, libres de convenir des conditions de leur divorce et, partant, de celles de leur partage, sauf à ne pas disposer contrairement à l'ordre public.

C'est à bon droit que les premiers juges retiennent que la clause du contrat sous seing privé du 21 mai 2004 aux termes de laquelle S) s'engage à verser sur le compte du remboursement du prêt hypothécaire une indemnité d'occupation mensuelle de 1.500.- euros « pour compenser le fait (qu'elle) occupe » la maison à X), n'est pas contraire à l'article 815-9 2° du code civil selon lequel, « l'indivisaire qui use ou jouit privativement de la chose indivise est, sauf convention contraire, redevable d'une indemnité ».

En effet -et abstraction faite même de ce que cet article vise la jouissance privative d'un indivisaire par rapport à l'autre indivisaire-, les époux K)-S) non seulement ne concluent pas pareille convention au sens de l'article 815-9 2° du code civil mais, tout au contraire, décident le 21 mai 2004 de commun accord et en toute connaissance de cause que S) -qui, conformément aux actes notariés du 19 mai 2004 occupe la maison indivise avec les enfants communs- verse en contrepartie de cette occupation une indemnité mensuelle de 1.500.- euros sur le compte de remboursement du crédit hypothécaire, étant à relever que S) se trouve nécessairement informée le 21 mai 2004 quant aux montants lui revenant aux termes du second acte notarié du 19 mai 2004 à titre de secours personnel et du chef de contribution à l'entretien, l'éducation et la formation des enfants communs, ainsi que quant à celui de la mensualité de remboursement du prêt hypothécaire lui incombant par moitié suivant acte notarié du 19 mai 2004 numéro 14.778.

Aux fins de sa demande en annulation des points 2. et 3. ci-avant reproduits de l'acte sous seing privé du 21 mai 2004, S) fait valoir encore qu'elle a commis une erreur en signant, en méconnaissance de cause, une convention sous seing privé, dont elle sous-estimait la portée et le sens.

Elle se prévaut à ces fins de l'existence d'une « erreur non en tant que vice du consentement », mais d'une erreur sur la cause du partage en ce sens qu'elle n'a pas fait valoir son droit de pouvoir résider avec les enfants communs sans devoir régler d'indemnité d'occupation, invoquant en outre l'article 1131 du code civil aux termes duquel « l'obligation sans cause, ou sur une fausse cause ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet ».

Chacun des époux déterminés à divorcer par consentement mutuel a le droit de faire valoir toutes les conditions et prétentions qu'il entend se voir accorder, partant, le droit de convenir librement de toutes les clauses des conventions du divorce, pour autant que les contrats conclus ne soient pas contraires à l'ordre public.

Ainsi, S) a le droit de ne consentir au divorce par consentement mutuel et au partage et autres conventions y inhérents, que dès lors que K) accepte qu'elle réside avec les enfants communs dans la maison indivise à X), sans contrepartie.

Or, il est constant en cause qu'elle accepte cette résidence contre paiement des indemnités d'occupation et prise en charge des frais litigieux définis à la convention.

Elle ne fait à cet égard pas valoir le moindre élément, ni ne présente-t-elle d'offre de preuve, de nature à établir que la question du caractère

gratuit ou payant de sa résidence avec les enfants communs à X) soit un sujet de discussion, voire, qu'elle soit, ne fût-ce qu'évoquée, de quelque manière que ce soit, ou bien, lors des pourparlers concernant les modalités du règlement de leurs droits respectifs sur leurs biens meubles et immeubles, sur la question de l'attribution de la garde, ou sur celle de la résidence éventuelle à X) du parent acceptant la garde des enfants communs, ou bien, au plus tard, au moment de la signature des actes notariés du 19 mai 2004, respectivement de la convention du 21 mai 2004.

Le fait même que S) conclut l'acte sous seing privé du 21 mai 2004, aux conditions claires et non équivoques y libellées, établit que le non paiement d'une indemnité d'occupation n'est pas un élément déterminant de son consentement, ceci étant corroboré, encore, par le fait qu'alors qu'elle pose par e-mail du 10 mai 2004 au notaire Y) la question de savoir si l'accord concernant le partage des bénéfices ou pertes doit figurer dans l'acte notarié, elle ajoute que « il faudrait préciser que puisque j'occupe la maison avec les enfants, <je paie un loyer de 1.500 €> ».

Dès lors, et contrairement à ce que fait valoir S), la preuve de l'erreur alléguée ne résulte pas du « fait qu'elle ne fait pas valoir ses droits, à savoir son droit de résider légitimement avec les enfants communs dans le logement familial sans devoir régler une indemnité d'occupation jusqu'à la vente ou le rachat de la maison ».

Finalement, aucune disposition légale ne prévoyant, plus particulièrement en cas de divorce par consentement mutuel, la gratuité de la jouissance de l'ancien domicile familial indivis dans le chef du parent y résidant avec des enfants communs dont il a la garde, on ne voit pas en quoi le contrat convenant, en pareille hypothèse, du paiement d'une indemnité d'occupation, serait dépourvu de cause, basé sur une fausse cause, respectivement affecté d'une cause illicite.

La demande en annulation des clauses prévoyant le versement d'une indemnité d'occupation et réglant la question des frais inhérents à la maison à X) est par conséquent à dire non fondée, par adoption des motifs afférents plus amples des premiers juges concernant l'erreur sur la cause du partage, la fausse cause, l'absence de cause, respectivement l'existence d'une clause illicite.

S) reste, finalement, en défaut de produire la moindre pièce permettant de retenir que les secours alimentaires convenus pour les enfants communs seraient d'un montant modique compte tenu du train de vie des enfants durant la vie commune de leurs parents, de sorte qu'il y a lieu de confirmer le jugement du 7 juillet 2010 encore en ce qu'il rejette l'argumentation

selon laquelle l'occupation de l'ancien domicile familial des deux enfants constitue partie de la contribution de K) à leur entretien.

La Cour fait encore siens les motifs des premiers juges par lesquels ils déboutent S) de sa demande en réduction du montant de l'indemnité d'occupation convenu le 21 mai 2004.

Pour autant que la demande de S) en remboursement du montant de 44.319,05.- euros, correspondant selon elle au trop perçu par K) pendant la période allant de juillet 2004 à janvier 2009, est basée sur les actions en répétition de l'indu ou de l'enrichissement sans cause, elle est à dire non fondée, la cause du paiement total ou partiel consistant dans l'acte sous seing privé du 21 mai 2004 aux termes duquel elle s'oblige au paiement d'une indemnité d'occupation mensuelle et des frais y définis, voire au paiement de la moitié de la mensualité sur le prêt hypothécaire, résultant de ces mêmes considérations que ces paiements ne sont pas indus.

La Cour fait à cet égard siens les motifs afférents plus amples des premiers juges.

En instance d'appel, S) fait valoir que, de juillet 2004 à janvier 2009, elle règle sur la base de l'acte sous seing privé du 21 mai 2004 « mensuellement le montant de 1.500,00.- €, soit la somme totale de 82.500,00.- € au titre de l'indemnité d'occupation (1.500 x 55 mois) ainsi que la somme mensuelle de 645,00.- € à titre de remboursement du prêt, soit la somme totale de 2.145,00.- € mensuels sur le compte affecté au remboursement du prêt hypothécaire ».

Dans le cadre de son appel incident, K) demande de voir condamner S) au paiement d'une indemnité d'occupation mensuelle de 1.500.- euros du 21 mai au 31 mai 2004 ($532,26 : 11/31 \times 1.500$) et du 1^{er} juin 2004 au 31 novembre 2009 ($91.500.- \text{ euros} : 66 \times 1.500$), ainsi qu'au paiement de la même indemnité d'occupation pour la période allant du 1^{er} février 2009 au 30 novembre 2010, soit 22 mois (33.000.- euros).

S) conclut à l'irrecevabilité, sinon au caractère non fondé de cette demande, en faisant valoir que la convention du 21 mai 2004 ne prévoit pas le paiement de l'indemnité d'occupation de 1.500.- euros par mois à K), mais que celle-ci soit versée sur le compte de remboursement du prêt hypothécaire.

Il résulte des pièces au dossier que de juillet 2004 à janvier 2009 inclus, S) règle, sur le compte du remboursement du prêt hypothécaire, un montant de 2.145.- euros avec la mention « loyer et remboursement ».

Compte tenu de ce que pendant la même période, K) règle sur le compte en question un montant de 645.- euros, avec la mention « contribution maison », il y a lieu de retenir que les parties conviennent de rembourser chacun, pendant cette période, le prêt hypothécaire par les montants de 645.- euros.

Il résulte de ces éléments que pendant la période en question, S) règle l'indemnité d'occupation mensuelle conventionnellement réduite de 1.500.- euros (2.145 – 645) de juillet 2004 à janvier 2009 inclusivement.

Pour ce qui concerne les indemnités d'occupation relatives aux mois de mai et de juin 2004 inclusivement, c'est à bon droit que S) se prévaut du moyen de la prescription quinquennale, K) présentant sa demande en paiement y relative par voie de conclusions du 1^{er} décembre 2009.

Il résulte de l'ensemble de ces développements que la demande reconventionnelle de K) visant à voir condamner S) au paiement des indemnités d'occupation mensuelles de 1.500.- euros concernant la période allant du 21 mai 2004 jusqu'au mois de janvier 2009 inclusivement est non fondée, abstraction faite même de la question de sa qualité de réclamer le paiement afférent.

A partir de février 2009 jusqu'au mois de mai 2011 inclus, S) règle mensuellement le montant de 1.389,80.- euros, avec la mention « remboursement crédit » ou « remboursement 50% emprunt », partant, sa part dans le remboursement de la mensualité réduite à la banque du chef du prêt hypothécaire grevant la maison à X).

S) entreprend le jugement du 7 juillet 2010 pour la condamner à payer entre les mains de K) le montant de 15.000.- euros du chef d'indemnités d'occupation réduites pour la période allant de février 2009 à novembre 2009 inclusivement, alors qu'aux termes de la convention du 21 mai 2004, cette indemnité est à verser sur le compte du remboursement du prêt hypothécaire.

Elle fait valoir plus précisément à cet égard « qu'il n'a jamais été prévu ni contractuellement ni par les parties elles-mêmes que Monsieur K) perçoive directement l'indemnité d'occupation de 1.500, 00.- € mensuels, puisque la convention litigieuse stipule que : <pour compenser le fait que S) occupe cette maison, elle versera une indemnité d'occupation de 1.500,00.- € par mois sur le compte du remboursement du crédit hypothécaire> ».

Elle conclut, en conséquence, à l'irrecevabilité de la demande de K) en paiement d'indemnités d'occupation.

Avant tout autre progrès quant à la demande reconventionnelle, il y a lieu de révoquer l'ordonnance de clôture, afin de permettre à K) de prendre position quant à ce moyen.

PAR CES MOTIFS :

La Cour d'appel, septième chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement, sur le rapport du magistrat de la mise en état, vu l'article 227 du nouveau code de procédure civile,

reçoit les appels principal et incident,

dit non fondé l'appel de S) en ce qu'il tend à voir déclarer intégralement, sinon partiellement, nulle la convention du 21 mai 2004,

le dit non fondé en ce qu'il vise à voir dire que S) ne redoit pas l'indemnité d'occupation mensuelle de 1.500.- euros prévue à la convention sous seing privé du 21 mai 2004,

dit l'appel de S) encore non fondé en ce qu'il vise au remboursement des indemnités d'occupation réglées de juillet 2004 à janvier 2009 inclusivement,

le dit encore non fondé en ce qu'il vise à voir dire que K) est tenu de contribuer aux frais courants de la maison sise à X),

partant, dit non fondée la demande visant à voir condamner K) au paiement du montant de 44.319,05.- euros,

dit non fondée la demande de K) en obtention des indemnités d'occupation relatives à la période allant du 21 mai 2004 au 31 janvier 2009,

avant tout autre progrès en cause,

révoque l'ordonnance de clôture,

demande à K) de prendre position quant au défaut de qualité lui opposé concernant sa demande en paiement d'indemnités d'occupation,

réserve le surplus et les dépens,

fixe l'affaire à l'audience du mercredi 20 mars 2013, 15.00 heures, salle
CR.2.28.