

Arrêt référé

**Audience publique du deux mai deux mille un**

Numéro 25099 du rôle.

Composition:

Eliette BAULER, président de chambre;  
Julien LUCAS, premier conseiller;  
Marie-Anne STEFFEN, conseiller;  
Martine SOLOVIEFF, avocat général;  
Daniel SCHROEDER, greffier.

E n t r e :

**A.)** , aide familiale, demeurant à L-(...), (...),

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Alex MERTZIG de Diekirch en date du 23 octobre 2000,

comparant par Maître Fernand ENTRINGER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

**B.)** , agriculteur, demeurant à L-(...), (...),

intimé aux fins du susdit exploit MERTZIG du 23 octobre 2000,

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

---

### LA COUR D'APPEL :

Aux termes d'un acte notarié du 7 juillet 1977, **B.)** et **A.)**, mariés depuis le 5 octobre 1974, adoptent le régime de la communauté légale, l'épouse y déclarant ameubler les immeubles lui appartenant en propre, à savoir un terrain de 1,06 ha, et une maison-place de 6,60 ares.

Compte tenu de ce qu'il est seul capable de continuer l'exploitation agricole se trouvant dans les immeubles ci avant énoncés, **B.)** est par ordonnance de référé du 5 mai 1998 rendue dans le cadre de l'instance en divorce intentée le 16 mars 1998, autorisé à y résider séparé de **A.)** qui se voit allouer le droit de garde de l'enfant commune ainsi que des secours alimentaires mensuels de 45.000.- francs à titre personnel et de 10.000.- francs pour l'enfant.

Par jugements des 9 décembre 1998 et 24 mars 1999, le tribunal d'arrondissement de Diekirch prononce le divorce aux torts exclusifs de **A.)** à laquelle est confiée la garde de l'enfant commune.

Le 7 juillet 2000, le notaire Martine DECKER commise par jugement du 9 décembre 1998 pour procéder aux opérations de partage et de liquidation de la communauté de biens ayant existé entre les époux **B.) -A.)**, dresse un procès-verbal de difficultés.

Exposant qu'elle a quitté le domicile conjugal au printemps de l'année 1998 suite à la mesure de déguerpissement prononcée à son encontre le 5 mai 1998, se prévalant de ce qu'elle avait durant le mariage apporté en communauté les biens immobiliers constituant l'entreprise agricole exploitée depuis son départ par le seul **B.)**, **A.)** assigne son ex-époux par exploit d'huissier du 22 août 2000 à comparaître devant le président du tribunal d'arrondissement de Diekirch siégeant comme juge des référés afin de le voir sur la base de l'article 815-11 du code civil condamner à lui payer le montant de 2.500.000.- francs représentant sa part dans les bénéfices d'exploitation, ainsi que celui de 3.000.000.- francs du chef d'avance en capital sur ses droits dans le partage à intervenir, demandant qu'à ces fins, **B.)** soit condamné sous peine d'une astreinte de 5.000.- francs par jour de retard, à lui remettre tous documents généralement quelconques

documentant les revenus et les dépenses d'exploitation quelle qu'en soit la source.

Par exploit d'huissier du 23 octobre 2000, **A.)** interjette appel contre l'ordonnance d'incompétence contradictoirement rendue le 3 octobre 2000 par le juge des référés.

L'appelante, qui fait grief au premier juge de s'être déclaré incompétent pour connaître des mesures sollicitées dans le cadre de l'indivision postcommunautaire, demande de « voir réformer la décision dont appel dans le sens de la demande originaire ».

Ce libellé de l'acte d'appel n'a pu laisser dans le chef de **B.)** le moindre doute quant aux objet et cause du recours qui sont les mêmes que ceux de première instance.

L'acte d'appel est dès lors suffisamment motivé au sens des articles 154 et 585 du Nouveau Code de Procédure Civile et ne saurait, contrairement à l'affirmation de l'intimé, encourir le grief d'être trop sommaire.

**B.)** reste par ailleurs en défaut de préciser le préjudice qui lui serait accru du fait de la motivation critiquée de l'acte d'appel (Cassation 11 janvier 2001, R. c. T. et A., n° du registre 1737).

Répondant pour le surplus aux autres formes et délai de la loi, l'appel est à déclarer recevable.

L'intimé conclut à la confirmation de l'ordonnance entreprise.

**A.)**, qui par l'exploit introductif de première instance signifié le 22 août 2000, intitulé « assignation en référé », assigne **B.)** à comparaître « ... devant Monsieur le Président du tribunal d'arrondissement de et à Diekirch, siégeant comme juge des référés ... », critique l'ordonnance dont appel en ce qu'elle retient que le président du tribunal d'arrondissement saisi sur la base de l'article 815-11 du code civil ne statue pas en qualité de juge des référés, les mesures en question étant des mesures de partage proprement dites qui touchent nécessairement le fond de l'affaire.

**B.)** reprend son argumentation de première instance selon laquelle le juge des référés est incompétent pour connaître des demandes de **A.)**, l'article 815-11 du code civil conférant compétence non au juge des référés, mais au président du tribunal d'arrondissement.

L'article 815-11 est introduit au code civil par la loi du 8 avril 1993 relative à l'organisation de l'indivision et étendant l'attribution

préférentielle en cas de succession aux entreprises commerciales, industrielles et artisanales.

Cette loi est calquée sur la loi française du 31 décembre 1976 relative à l'indivision, hormis les dispositions françaises relatives à l'indivision conventionnelle non transmises en droit luxembourgeois.

L'article 815-11 du code civil est du libellé suivant :

« 1° Tout indivisaire peut demander sa part annuelle dans les bénéfices déduction faite des dépenses entraînées par les actes auxquels il a consenti ou qui lui sont opposables ».

« 2° A défaut d'autre titre, l'étendue des droits de chacun dans l'indivision résulte de l'acte de notoriété ou de l'intitulé d'inventaire établi par le notaire ».

« 3° en cas de contestation, le président du tribunal d'arrondissement peut ordonner une répartition provisionnelle des bénéfices sous réserve d'un compte à établir lors de la liquidation définitive ».

« 4° A concurrence des fonds disponibles, il peut semblablement ordonner une avance en capital sur les droits de l'indivisaire dans le partage à intervenir ».

Si l'article 815-11 du code civil confère ainsi en ses alinéas 3 et 4 compétence au président du tribunal d'arrondissement pour connaître de la demande d'un indivisaire en obtention, ou de sa part annuelle dans les bénéfices, ou d'une avance en capital sur ses droits dans le partage à intervenir, il ne se prononce cependant pas -à l'instar d'ailleurs de l'article 815-6 du code civil qui permet au président du tribunal d'arrondissement de prescrire toutes les mesures urgentes que requiert l'intérêt commun- quant à la qualité en laquelle le président intervient, ni quant à la procédure selon laquelle il est à saisir.

Ceci malgré le fait que lors des travaux parlementaires il avait, dans un souci de sécurité juridique, expressément été suggéré au législateur d'insérer les précisions afférentes dans le texte de loi à voter (Doc. parl. no 3621, page 17).

On se trouve par conséquent en présence d'un article qui se limite à attribuer compétence au président du tribunal d'arrondissement, sans comporter la moindre référence expresse ou implicite au juge des référés ou aux pouvoirs le caractérisant (Revue Trimestrielle de Droit Civil 1989, F. ZENATI, page 778).

Or, le président du tribunal d'arrondissement au Luxembourg -en France le président du tribunal de grande instance- dispose d'attributions se répartissant en deux catégories.

Dans l'une, qui couvre les ordonnances rendues sur assignation en référé dans le cadre d'une procédure contradictoire, ou sur simple requête dans le cadre d'une procédure unilatérale, le président rend une décision provisoire qui ne touche pas le fond du droit et qui, même si elle effleure le fond, ne le tranche pas. (Jean VINCENT et Serge GUINCHARD, Procédure Civile, édition 1996, numéros 234 et 254).

Tant qu'il statue sur requête ou sur assignation en référé, le président ne peut prendre qu'une décision provisoire (Jean VINCENT et Serge GUINCHARD, Procédure Civile, édition 1996, numéro 254).

Dans l'autre catégorie, le président statue également seul, mais il rend une décision qui est définitive en ce qui concerne le fond (Jean VINCENT et Serge GUINCHARD, Procédure Civile, édition 1996, numéro 234).

Ainsi, le président se voit en certaines matières attribuer le pouvoir de trancher le fond du droit et de statuer définitivement, mais « en la forme des référés » ou « comme en matière de référé » (Jean VINCENT et Serge GUINCHARD, Procédure Civile, édition 1996, numéros 255 et 256).

Dans cette dernière catégorie d'attributions, le président statue en la forme des référés tout en étant juge du fond et non juge des référés (Jean VINCENT et Serge GUINCHARD, Procédure Civile, édition 1996, numéro 256).

L'affirmation de l'appelante selon laquelle le contentieux se greffant sur l'article 815-11 du code civil a, à défaut de toute autre précision, été confié au président du tribunal d'arrondissement qui « statue en référé », et selon laquelle dès lors seul le juge des référés a compétence pour connaître des demandes basées sur l'article 815-11 du code civil, se heurte à la position adoptée par la 1<sup>ère</sup> Chambre civile de la Cour de cassation française depuis ses arrêts des 9 et 16 février 1988.

Par ces arrêts, la Cour de cassation tente de mettre fin aux fluctuations jurisprudentielles et doctrinales concernant l'analyse des pouvoirs du président statuant dans le cadre de l'article 815-6 du code civil, étant admis par ailleurs que les pouvoirs attribués au président dans le cadre de l'article 815-11 du code civil pour allouer aux indivisaires une somme provisionnelle à valoir sur les bénéfices ou sur le capital sont de la même nature que ceux lui conférés dans le cadre de l'article 811-6 du code civil

(cf Jurisclasseur civil, art. 815 à 815-18, Fasc. 40, numéro 99, édition 1992 ; Revue Trimestrielle de Droit Civil 1989, page 778).

En ses arrêts des 9 et 16 février 1988, la Cour de cassation rejette la théorie selon laquelle le président saisi de litiges basés sur l'article 815-6 du code civil, statue en qualité de juge des référés et partant, dans les limites posées par les articles 808 et 809 du nouveau code de procédure civile français.

Si l'arrêt du 9 février 1988 (B.C. 1988, I, n° 33) se cantonne à déclarer lesdits articles 808 et 809 non applicables au contentieux de l'article 815-6 du code civil, l'arrêt de cassation du 16 février 1988 (B.C. 1988, I, n° 45) précise que dans le cadre de l'article 815-6 du code civil, le président n'est pas juge des référés, mais qu'il statue « en la forme des référés », et que les mesures prévues audit article lui permettent de préjudicier au principal (Revue Trimestrielle de Droit Civil 1989, Jean PATARIN, pages 371 et 372 ; cf Jurisclasseur civil, art. 815 à 815-18, Fasc. 30, numéros 187 à 189, 191, 193, édition 1992).

Les mesures qu'il prend dans le cadre de l'article 815-6 du code civil ne le sont partant pas en la qualité de juge des référés, mais seulement « en la forme des référés », ce qui lui permet de statuer au fond (cf Jurisclasseur civil, art. 815 à 815-18, Fasc. 30, numéro 189, édition 1992).

Aux termes de l'arrêt de cassation du 16 février 1988 précité, aucune défense au fond n'est de nature à faire échec à la compétence présidentielle prévue à l'article 815-6 du code civil (Revue Trimestrielle de Droit Civil 1989, page 778).

De même, le juge des mesures urgentes de l'articles 815-6 du code civil étant le juge du fond, ses décisions ont l'autorité définitive de la chose jugée dans la mesure où elles touchent au fond (Revue Trimestrielle de Droit Civil 1989, F. ZENATI, page 778).

Cette solution retenue par la Cour de cassation 1<sup>ère</sup> Chambre pour ce qui concerne les mesures prévues à l'article 815-6 du code civil, s'applique à fortiori pour ce qui concerne l'article 815-11 du code civil (Revue Trimestrielle de Droit Civil 1989, page 778).

Ainsi, le président du tribunal d'arrondissement connaît de la demande de l'indivisaire visant à une avance en capital ou à l'obtention de sa part annuelle dans les bénéfices non en vertu de l'article 809 du Nouveau Code de Procédure Civile français, mais en vertu des pouvoirs propres qu'il tient en matière d'indivision de l'article 815-11 alinéa 4 du code civil (cf

Jurisqueur civil, art. 815 à 815-18, Fasc. 40, numéro 107, édition 1992 ; Dalloz 1981, Civ. 5 février 1980, IR, page 29, note André BRETON).

Le président du tribunal d'arrondissement statue en la forme des référés dans le cadre de la compétence spécifique lui attribuée par l'article 815-11 du code civil, et non en vertu des articles 919 et suivants du Nouveau Code de Procédure Civile définissant la compétence du juge des référés, plus particulièrement des articles 919 et 933 alinéa 2 concernant l'octroi des provisions sur requête et sur assignation qui y sont, par essence, inapplicables.

D'une part, en effet, l'article 815-11 du code civil se situe en dehors du rapport d'obligation créancier-débiteur auquel s'applique l'article 933 alinéa 2 du Nouveau Code de Procédure Civile, la demande de l'époux divorcé qui sollicite une avance sur sa part de communauté ne se fondant pas sur l'existence d'une créance (cf Revue Trimestrielle de Droit Civil 1981, Claude GIVERDON, pages 173 et suivantes, particulièrement page 175 ; Dalloz 1981, II, I.R., Indivision par André BRETON, page 28, particulièrement page 29).

Celui qui détient les biens constituant l'indivision postcommunautaire n'est pas à proprement parler débiteur de son ex-conjoint, il n'est que le détenteur des biens sur lesquels il n'a qu'un droit indivis (Dalloz 1981, II, I.R., Indivision par André BRETON, page 28, particulièrement page 29).

En sollicitant l'avance en capital, le demandeur fait valoir le droit indivis dont il est titulaire et qui est complémentaire du droit du défendeur (Dalloz 1981, II, I.R., Indivision par André BRETON, page 28, particulièrement page 29).

Il s'agit non d'un rapport d'obligation, mais d'un droit de propriété indivise, ce qui exclut l'applicabilité de l'article 933 alinéa 2 du Nouveau Code de Procédure Civile (Dalloz 1981, II, I.R., Indivision par André BRETON, page 28, particulièrement page 29).

D'autre part, l'article 815-11 du code civil subordonne l'allocation de l'avance en capital à des conditions particulières, à savoir celle que l'indivision comprenne des fonds disponibles au moins égaux à l'avance sollicitée, et celle que les droits du demandeur à faire valoir dans le partage à intervenir soient au moins égaux au montant de cette avance (cf Revue Trimestrielle de Droit Civil 1981, Claude GIVERDON, pages 173 et suivantes, particulièrement page 175 ; Dalloz 1981, II, I.R., Indivision par André BRETON, page 28, particulièrement page 29).

Or, ces conditions deviendraient lettre morte, si l'action prévue à l'article 815-11 du code civil devait fonctionner selon la voie du référé-provision de l'article 933 alinéa 2 du Nouveau Code de Procédure Civile(cf Revue Trimestrielle de Droit Civil 1981, Claude GIVERDON, pages 173 et suivantes, particulièrement page 175 ; Dalloz 1981, II, I.R., Indivision par André BRETON, page 28, particulièrement page 29), où contestation sérieuse vaut rejet de la demande.

En d'autres termes, le fait que les pouvoirs attribués par l'article 815-11 du code civil au président du tribunal d'arrondissement sont ceux qui appartiennent au juge du fond s'impose en raison tant de la nature des mesures qui y sont visées, que des critères auxquels leur octroi est subordonné, et qui amènent le président du tribunal d'arrondissement à trancher des contestations sérieuses pour pouvoir faire droit à la mesure sollicitée.

Résultant des développements qui précèdent que les demandes tirées de l'article 815-11 du code civil sont à porter devant le président du tribunal d'arrondissement, qui revêt la compétence de juge du fond et qui statue en la forme des référés (Encyclopédie Dalloz, Vo Indivision, numéro 461, mise à jour novembre 1997), l'argumentation de A.) tenant à une prétendue violation de l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme pour absence de juridiction sanctionnant le droit lui accordé par l'article 815-11 du code civil, est à rejeter sans qu'il n'y ait lieu de l'analyser autrement.

L'appel interjeté par A.) est par conséquent à déclarer non fondé, seul le président du tribunal d'arrondissement en sa fonction de juge du fond étant compétent pour connaître de ses demandes.

Etant donné que A.) est au vu du sort de son recours à condamner aux frais et dépens de l'instance d'appel, sa demande en obtention d'une indemnité de procédure relative à cette instance est à déclarer non fondée.

### **Par ces motifs,**

La Cour d'appel, septième chambre, siégeant en matière d'appel de référé, statuant contradictoirement, le Ministère Public entendu en ses conclusions,

reçoit l'appel ;

le dit non fondé ;

confirme l'ordonnance de référé du 3 octobre 2000 ;

rejette la demande de l'appelante basée sur l'article 240 du Nouveau Code de Procédure Civile ;

condamne A.) aux frais et dépens des deux instances.