

Arrêt référé

**Audience publique du 11 mai deux mille cinq**

Numéro 29588 du rôle.

Composition:

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

E n t r e :

**A.**), demeurant à L-(...),

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Alex MERTZIG de (...) en date du 26 novembre 2004,

comparant par Maître Stéphan Joëlle CHOUCROUN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

**1. B.**), ouvrier, demeurant à L-(...),

intimé aux fins du susdit exploit MERTZIG du 26 novembre 2004,

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

**Maître X.**), notaire, demeurant à L-(...),

intimé aux fins du susdit exploit MERTZIG du 26 novembre 2004,  
comparant par Maître Marc WALCH, avocat à la Cour, demeurant à  
(...).

---

### LA COUR DAPPEL :

Faisant valoir que par arrêt du 21 avril 2004, le divorce est prononcé entre **B.)** et **A.)** sans que celle-ci ne se voie accorder une pension alimentaire, que son âge, son état de santé et la conjoncture économique ne lui permettent pas de trouver une activité professionnelle rémunérée, que sa part dans la communauté de biens, non encore liquidée, s'élève au montant de 106.815,94.- euros, **A.)** assigne par exploit d'huissier du 3 mai 2004 **B.)** à comparaître devant « le président du tribunal d'arrondissement de et à (...), siégeant en matière de référé » afin de se voir, sur la base de l'article 933 alinéa 2 du Nouveau code de procédure civile « sinon de toute autre disposition », allouer « la somme de 25.000.- euros à titre de provision sur le prix de vente de l'immeuble sis à (...) », ancien domicile conjugal, vendu dans le cadre des opérations de liquidation de la communauté de biens suivant acte notarié du 15 avril 2004 pour le montant de 400.000.- euros.

Par exploit d'huissier du 26 novembre 2004, **A.)** interjette appel contre l'ordonnance rendue le 26 octobre 2004 par le juge des référés déclarant sa demande irrecevable.

L'appelante, qui donne assignation à **B.)** à comparaître devant la « ... Cour Supérieure de Justice, siégeant en matière d'appels des ordonnances de référé ordinaire ... », fait grief au premier juge de retenir l'incompétence du juge des référés pour connaître de sa demande.

Elle demande que, par voie de réformation, sa demande soit accueillie sur la base des articles 933 alinéa 2 du Nouveau code de procédure civile, sinon 815-11 alinéa 4 du code civil et que, par conséquent, il soit retenu qu'elle « est en droit de demander au président du tribunal d'arrondissement siégeant en matière de référé une avance en capital de 25.000.- euros sur ses droits dans le partage à intervenir à concurrence des fonds disponibles ».

**B.)** se prévaut de l'incompétence de la juridiction des référés pour connaître de la demande, les pouvoirs spécifiques que le président du tribunal d'arrondissement se voit attribuer par l'article 815-11 du code civil

en matière d'indivision n'étant pas ceux du juge des référés, mais ceux du juge du fond.

C'est à juste titre que le premier juge retient que la demande lui présentée comme demande en obtention d'une provision sur le montant devant revenir à A.) dans le partage de l'indivision entre parties, est à qualifier de demande d'un indivisaire en obtention d'une avance en capital sur ses droits dans le partage à intervenir au sens de l'article 815-11 4° du code civil -non 815-12 du code civil tel qu'indiqué erronément dans l'ordonnance dont appel-.

Aux termes de l'article 815-11 3° et 4° du code civil, « ... le président du tribunal d'arrondissement peut ... (à) concurrence des fonds disponibles, ... ordonner une avance en capital sur les droits de l'indivisaire dans le partage à intervenir ».

Contrairement à ce que soutient l'appelante, si l'article 933 alinéa 2 du code civil confère compétence au président du tribunal d'arrondissement statuant en sa qualité de juge des référés, le législateur attribue compétence au président pour connaître des demandes basées sur l'article 815-11 4° du code civil, sans cependant comporter une référence, expresse ou implicite, au juge des référés ou aux pouvoirs le caractérisant.

Au contraire, et par opposition à l'article 933 alinéa 2 du Nouveau code de procédure civile, dans le cadre duquel contestation sérieuse vaut irrecevabilité de la demande, la défense au fond n'est pas de nature faire échec à la compétence présidentielle de l'article 815-11 4° du code civil.

Ainsi, dans le cadre de cette compétence spécifique en matière de demandes en obtention d'une avance en capital entre indivisaires, le président est, en vertu des critères mêmes lui imposés par l'article 815-11 4° du code civil, amené à décider au fond d'une part la question de l'importance des fonds disponibles, d'autre part celle des droits de l'indivisaire dans le partage à intervenir.

Pour le surplus, la Cour fait siens les motifs plus amples du premier juge par lesquels il retient que le président du tribunal d'arrondissement connaît de la demande d'un indivisaire en obtention d'une avance en capital non en vertu de l'article 933 alinéa 2 du Nouveau code de procédure civile, qui est inapplicable à pareille demande, mais en vertu des pouvoirs propres qu'il détient de l'article 815-11 4° du code civil, et qui l'amènent à trancher au fond des contestations sérieuses pour décider du sort de la demande.

Il découle de l'ensemble des développements qui précèdent que le juge des référés est incompétent *ratione materiae* pour connaître de la demande

de **A.**), tant en sa base de l'article 933 alinéa 2 du Nouveau code de procédure civile, qu'en celle subsidiaire de l'article 815-11 4° du code civil.

Pareille demande est à porter devant le président de tribunal d'arrondissement qui, tout en statuant en la forme des référés, revêt la compétence de juge du fond, statuant dans le cadre des pouvoirs spécifiques lui attribués par l'article 815-11 du code civil en matière d'indivision, et qui l'amènent à préjudicier au principal et à statuer au fond (cf CA 2 mai 2001, K. c. W., no 25009 du rôle).

**A.)** étant au vu du sort de l'appel à condamner à l'intégralité des frais et dépens de l'instance d'appel, sa demande formée pour cette procédure sur la base de l'article 240 du Nouveau code de procédure civile est à déclarer non fondée.

### **Par ces motifs,**

la Cour d'appel, septième chambre, siégeant en matière d'appel de référé, statuant contradictoirement, le représentant du Ministère public entendu en ses conclusions,

reçoit l'appel en la forme,

le dit non fondé,

partant, confirme l'ordonnance de référé du 26 octobre 2004,

se dit incompétente *ratione materiae* pour connaître de la demande en tant que basée sur l'article 815-11 4° du code civil,

rejette la demande en obtention d'une indemnité de procédure,

condamne **A.)** aux frais et dépens de l'instance d'appel.

déclare le présent arrêt commun à Maître **X.**), notaire de résidence à (...).