

**No rôle : 88493**  
**Réf. No. 836/2004**  
**du 12 novembre 2004**  
**à 10h00**

Audience publique extraordinaire des référés du vendredi, 12 novembre 2004, tenue par **Nous Ria LUTZ**, Vice-Présidente au Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant comme juge des référés, en remplacement du Président du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, assistée du greffier Guy BONIFAS.

---

## **DANS LA CAUSE**

### **ENTRE**

Madame **A.**), avocat, demeurant à L-(...),

élisant domicile en l'étude de Maître Jean-Georges GREMLING, avocat demeurant à Luxembourg,

**partie demanderesse** comparant par Maître Jean-Georges GREMLING, avocat, demeurant à Luxembourg,

### **ET**

1.) Monsieur **B.**), employé privé, demeurant à L-(...),

2.) Madame **C.**), avocat à la Cour, demeurant à L-(...),

**parties défenderesses sub 1) et 2)** comparant par Maître Florent GONIVA, avocat, en remplacement de Maître Albert RODESCH, avocat, les deux demeurant à Luxembourg.

3.) Madame **D.**), professeur, demeurant à L-(...),

**partie défenderesse** comparant par Maître Véronique HOFFELD, avocat, demeurant à Luxembourg.

4.) **E.**), notaire, demeurant à L-(...),

**partie défenderesse** comparant par Maître Claude SCHMARTZ, avocat, en remplacement de Maître Edmond LORANG, avocat, les deux demeurant à Luxembourg.

---

**F A I T S :**

A l'appel de la cause à l'audience publique ordinaire des référés du **lundi matin, 25 octobre 2004**, Maître Jean-Georges GREMLING donna lecture de l'assignation ci-avant transcrite et exposa ses moyens.

Maître Florent GONIVA, Maître Véronique HOFFELD et Maître Claude SCHMARTZ répliquèrent.

Le juge des référés prit l'affaire en délibéré et rendit à l'audience publique extraordinaire des référés de ce jour l'

## O R D O N N A N C E

qui suit:

Par exploit d'huissier du 27 mai 2004 A.) a fait assigner B.), C.) et D.) à comparaître devant le Président du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant comme juge du fond, en la forme des référés, pour les assignés s'entendre dire que la requérante touchera à titre d'avance sur les fonds bloqués entre les mains du notaire E.) le montant de 101.515,40 euros avec les intérêts tels que de droit.

A l'appui de sa demande la requérante fait exposer qu'en date du 31 mai 1990 le divorce a été prononcé entre elle et F.) et la liquidation de la communauté légale ayant existé entre les époux a été ordonnée.

Que par arrêt de la Cour d'appel du 15 mai 1996 la date de la dissolution de la communauté a été fixée au 7 avril 1989.

Que F.) est décédé en date du 13 octobre 1999, relaisant deux héritiers réservataires en la personne de ses enfants les assignés sub 1 et 2 ainsi qu'en instituant comme légataire universel la dame D.), l'assignée sub 3.

La demanderesse précise que la qualité de légataire universel de la dame D.) est contestée ; que deux procédures sont pendantes ; que dans l'affaire de partage une expertise graphologique des testaments est en cours ; que d'autre part une affaire en révocation de testament qui dépend de l'issue d'une plainte pour faux, usage de faux et détournement de fonds est pendante au Cabinet d'instruction.

Qu'au jour du décès du sieur F.) le partage de la communauté F.)-A.) n'était pas encore effectué.

Après avoir énuméré ses droits dans l'indivision par rapport aux immeubles, meubles et effets mobiliers et après avoir détaillé ses créances (pensions alimentaires, arriérés de loyer, impôts payés en trop) à l'égard de l'indivision post-communautaire, la demanderesse arrive à la conclusion qu'elle a des revendications importantes dans le cadre de la liquidation qui dure depuis 1989, soit depuis 15 années, de sorte que, vu son âge avancé, sa maladie, elle serait en droit de demander une avance en capital sur ses droits dans le partage à intervenir à

concurrence des fonds disponibles ; que la somme de 101.515,40 euros serait actuellement disponible auprès du notaire E.), de sorte qu'il y aurait lieu de faire droit à sa demande.

A.) estime que l'intervention du Président du tribunal d'arrondissement de Luxembourg se justifie sur base de l'article 815-11 alinéa 4 du Code Civil.

D.) soulève en premier lieu l'incompétence du juge des référés saisi au motif que ce dernier serait le juge de l'évident et de l'incontestable, qu'il ne pourrait dès lors pas juger le fond du droit et procéder à un examen approfondi de la cause.

Elle conclut ensuite à l'irrecevabilité de la demande déniant à la demanderesse tout droit sur les biens meubles et immeubles tels qu'énumérés dans l'exploit d'ajournement, contestant encore que les conditions d'application de l'article 815-11 du Code Civil soient remplies en l'espèce.

Par voie de conclusions écrites la défenderesse sub 3 conteste point par point les revendications de la demanderesse et énumère à son tour les créances qu'elle-même, prise en sa qualité de légataire universelle, ainsi que l'indivision possèdent, d'après elle, à l'égard de la demanderesse.

Les assignés sub 1 et 2 se sont ralliés aux conclusions prises par la demanderesse.

## **D) COMPETENCE**

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).

Par deux arrêts du 9 et 16.02.1988 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'article 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 Jurisclasseur 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.

Partant le premier moyen tiré de l'incompétence du juge des référés tombe à faux.

## II) RECEVABILITE DE LA DEMANDE

Il y a lieu de rappeler d'une part, que 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 post-communautaire 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., L.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, que 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., L.R., Indivision par André BRETON, page 28, particulièrement page 29).

Finalement ces deux conditions ne sont pas suffisantes puisque le président du tribunal d'arrondissement garde encore le pouvoir d'apprécier l'opportunité d'une avance en capital : le texte de l'article 815-11 précisant que « le président *peut* ordonner l'avance sollicitée. » et ce en fonction de l'intérêt commun, dont le juge du fond est le suprême interprète.

- A) La loi subordonne partant toute avance en capital à l'existence de fonds disponibles, peu importe d'ailleurs l'origine de cette trésorerie.

En l'espèce il résulte des renseignements fournis et de pièces versées en cause, non autrement contestés, qu'une somme de 101.505,40 euros est bloquée auprès du notaire E.) en charge du dossier de liquidation et de partage, de sorte que cette première condition est remplie.

- B) L'avance en capital se présente en fait comme une remise en numéraire qui anticipe sur la répartition ultérieure du capital indivis ; le souci de ne pas porter atteinte au droit des autres indivisaires impose au juge de s'assurer que l'avance qu'il va accorder n'excédera pas de manière manifeste la part à laquelle le demandeur aura normalement droit dans le partage.

Cela suppose partant que soit déterminé ou déterminable la part de la demanderesse dans le partage.

Or à ce stade des développements il échet de relever que la détermination de cette part est d'autant plus complexe sinon impossible, qu'en l'occurrence, à l'indivision communautaire (liquidation de la communauté proprement dite) et post-communautaire vient se greffer une indivision successorale, partant les revendications de la légataire universelle dans l'indivision successorale.

Que deux procès sont toujours en cours auprès de différentes juridictions : dans l'affaire de partage, une expertise graphologique des testaments est en cours, ainsi qu'une affaire en révocation du testament qui dépend de l'issue d'une plainte pour faux, usage de faux et détournement de fonds pendante au cabinet d'instruction, de sorte qu'un certain nombre d'éléments manque au dossier relativement aux droits et revendications de la partie défenderesse sub 3 et empêche le Président du Tribunal d'avoir une vue globale de la situation post-communautaire des parties.

Il s'ensuit, que les revendications de **A.)** dans l'indivision post-communautaire sont pour la plupart anéanties par les dettes qu'elle a envers cette même communauté.

Enfin sur base des seules données fournies par la demanderesse dans son exploit d'assignation, en l'absence d'un décompte détaillé et précis de la part des parties en cause, en présence des contestations et des revendications de l'assignée sub 3), il n'est pas possible au président du tribunal d'arrondissement d'évaluer ne fût-ce qu'approximativement la part de la demanderesse dans le partage, partant de fixer le montant d'une avance à lui consentir.

En effet il n'incombe pas au président du tribunal de calculer, en lieu et place de la demanderesse, sur base des pièces versées en cause, à savoir les différents inventaires notariaux, les multiples jugements et arrêts rendus entre les parties, les pièces bancaires et de l'administration des impôts, les décomptes unilatéraux et contestés relatifs aux arriérés de pension alimentaire, de déterminer le montant exacte ou approximatif de sa part dans l'indivision post-communautaire partant de vérifier si l'avance demandée ne dépasse pas cette part.

A titre d'exemple : s'il résulte bien des pièces versées en cause que **A.)** a droit au paiement des arriérés de loyer pour un montant de 1.854.500.- FLUX, montant lui dû après partage (cf. arrêt civil n° 23548 et 25652 du rôle du 2 juillet 2003) ainsi qu'à la moitié du prix de vente de la maison sise à (...) soit environ 4 millions de FLUX, force est cependant de constater qu'il résulte également du même arrêt que la dette constituée par le passif auprès de la **BQUE.1.)**, qui à la date du 14 novembre 1996 se chiffrait à 11.240.644 FLUX, tombe dans la communauté, de sorte que cette dette devra être remboursée pour moitié par **A.)**.

Enfin et concernant la troisième condition requise par l'article 815-11 du code civil à savoir l'opportunité de la demande en avance de capital, la loi n'exige certes pas du juge qu'il constate un besoin réel, mais le pouvoir d'appréciation du juge implique qu'il ait en fait un aperçu des motifs de la demande pour pouvoir vérifier si ces motifs ne sont pas contraires à l'esprit communautaire.



En l'espèce ni l'âge de la demanderesse ni sa maladie, par ailleurs contestée et non établie par certificats médicaux, ne peuvent constituer les motifs d'une demande basée sur l'article 815-11 du code civil.

Par ailleurs **A.)** demande cette avance en capital pour lui permettre de vivre décemment ; Or il n'est pas contesté que cette dernière perçoit une pension mensuelle de 2.008,91 euros, dispose d'un capital d'environ 20 millions de francs luxembourgeois provenant de la vente, par le notaire Blanche MOUTRIER, d'un immeuble **rue (...)**, de sorte qu'au vu de la situation financière de la demanderesse, l'avance sollicitée ne semble pas opportune.

Il y a dès lors lieu de déclarer la demande non fondée.

## PAR CES MOTIFS

**Nous Ria LUTZ, Vice-Présidente** au Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, en remplacement du président de ce même tribunal, pris en sa fonction de juge du fond , statuant en la forme des référés, statuant contradictoirement,

se déclare compétente pour connaître de la demande ;

la déclare non fondée ;

partant en déboute la demanderesse ;

condamne la demanderesse aux frais et dépens de l'instance ;

déclare la présente ordonnance commune au notaire **E.)**.