

Arrêt N°110/22 - I - CIV (aff.fam.)

Arrêt civil

Audience publique du vingt-cinq mai deux mille vingt-deux

Numéro CAL-2021-01190 du rôle

rendu par la première chambre de la Cour d'appel, siégeant en matière civile,
dans la cause

E n t r e :

A., née le (...) à (...), demeurant à F-(...), (...),

appelante aux termes d'une requête déposée au greffe de la Cour d'appel le
22 décembre 2021,

représentée par la société à responsabilité limitée NC ADVOCAT SARL,
établie et ayant son siège social à L-1222 Luxembourg, 16, rue Beck, inscrite
sur la liste V de l'Ordre des avocats du Barreau de Luxembourg,
immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés sous le numéro
B236962, représentée aux fins de la présente instance par Maître Paul
BENOIT-KECHICHIAN, avocat, en remplacement de Maître Nadia
CHOUHAD, avocat à la Cour, les deux demeurant à Luxembourg,

e t :

B., né le 18 janvier 1975 à Metz en France, demeurant à L-5618 Mondorf-
les-Bains, 22, rue Flammang,

intimé aux fins de la susdite requête,

représenté par Maître Ferdinand BURG, en remplacement de Maître Anne-
Marie VOGEL, avocats à la Cour, les deux demeurant à Luxembourg,

en présence de :

Maître Anne ROTH-JANVIER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,
assistant et représentant les intérêts de l'enfant mineur C., né le (...).

LA COUR D'APPEL :

Saisi d'une requête de A. (ci-après A.) dirigée contre B. (ci-après B.), déposée le 9 juillet 2021 au greffe du juge aux affaires familiales près le tribunal d'arrondissement de Luxembourg et tendant,

- principalement, à voir fixer la résidence habituelle de l'enfant commun C., né le (...), auprès d'elle et condamner B. à lui payer une pension alimentaire à titre de contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant C. de 300 euros par mois, ainsi que la moitié des frais extraordinaires et à se voir décharger de son obligation de payer à B. une pension alimentaire mensuelle de 250 euros,
- subsidiairement, à se voir accorder un droit de visite et d'hébergement à l'égard de l'enfant C. selon les modalités suivantes :
 - o un week-end sur trois, avec la précision qu'elle irait récupérer l'enfant au domicile du père le samedi à 9.00 heures et viendrait le déposer chez son père le dimanche à 18.00 heures, et
 - o pendant les vacances scolaires, sauf meilleur accord entre parties:
 - pendant l'intégralité des vacances de la Toussaint, de Carnaval, de Pentecôte et de Pâques,
 - pendant la moitié des vacances de Noël, avec la précision qu'elle exercera son droit de visite et d'hébergement pendant la première semaine les années paires et pendant la deuxième semaine les années impaires,
 - pendant la moitié des vacances d'été, avec la précision qu'elle exercera son droit de visite et d'hébergement du 15 juillet au 15 août les années paires et du 15 août au 15 septembre les années impaires, et
 - o à se voir décharger de son obligation de payer à B. une pension alimentaire mensuelle de 250 euros,
- encore plus subsidiairement, à se voir accorder un droit de visite et d'hébergement à l'égard de l'enfant C. un week-end sur trois, avec la précision qu'elle irait récupérer l'enfant au domicile du père le samedi à 9.00 heures et viendrait le déposer chez son père le dimanche à 18.00 heures, ainsi que pendant la moitié des vacances scolaires, et à voir dire que, tant en période scolaire qu'en période de vacances scolaires, les parents mettent en place un contact téléphonique entre l'enfant et le parent auprès duquel l'enfant ne se trouve pas suivant les modalités à convenir entre les parents, sinon en cas de désaccord, un contact téléphonique les mardis et vendredis vers 18.00 heures,

et d'une demande reconventionnelle d'B. tendant à voir augmenter la contribution de A. à l'entretien et à l'éducation de l'enfant C. au montant mensuel de 300 euros, le juge aux affaires familiales près le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a, par jugement contradictoire du 27 octobre 2021,

- déclaré irrecevable pour défaut d'élément nouveau la demande de A. en fixation auprès d'elle de la résidence de l'enfant C.,

- déclaré irrecevable pour défaut d'élément nouveau la demande de A. en modification du droit de visite et d'hébergement à l'égard de l'enfant C.,
- sursis à statuer sur les autres demandes des parties,
- fixé l'affaire pour continuation des débats à une audience ultérieure,
- réservé les frais, les dépens et l'indemnité de procédure et
- communiqué une copie du jugement au juge de la jeunesse en charge du dossier ouvert au nom de l'enfant C., pour son information.

De ce jugement, qui lui a été notifié le 15 novembre 2021, A. a régulièrement relevé appel par requête déposée au greffe de la Cour d'appel le 22 décembre 2021.

Suivant ordonnance du 26 avril 2022, la Cour a délégué la présente affaire à un magistrat unique sur base de l'article 1007-10 du Nouveau Code de procédure civile.

A. demande, par réformation, à la Cour :

- principalement, de renvoyer l'affaire devant la juridiction de première instance autrement composée,
- subsidiairement, de fixer la résidence habituelle de l'enfant C. auprès d'elle,
- encore plus subsidiairement, de lui accorder un droit de visite et d'hébergement à son domicile selon les modalités suivantes :
 - o un week-end sur trois, avec la précision qu'elle irait récupérer l'enfant au domicile du père le samedi à 9.00 heures et viendrait le déposer chez son père le dimanche à 18.00 heures,
 - o pendant les vacances scolaires :
 - pendant l'intégralité des vacances de la Toussaint, de Carnaval, de la Pentecôte et de Pâques,
 - pendant la moitié des vacances de Noël, avec la précision qu'elle l'exercera pendant la première semaine les années paires et pendant la deuxième semaine les années impaires, et
 - pendant la moitié des vacances d'été, avec la précision qu'elle l'exercera du 15 juillet au 15 août les années paires et du 15 août au 15 septembre les années impaires, sinon,
- en dernier ordre de subsidiarité, de lui accorder un droit de visite et d'hébergement selon les modalités suivantes :
 - o un week-end sur trois, avec la précision qu'elle irait récupérer l'enfant au domicile du père le samedi à 9.00 heures et viendrait le déposer chez son père le dimanche à 18.00 heures, et
 - o pendant la moitié des vacances scolaires, avec la précision qu'elle l'exercera la première semaine les années paires et pendant la deuxième semaine les années impaires, et
- en tout état de cause, de dire que, tant en période scolaire qu'en période de vacances scolaires, les parents mettent en place un contact téléphonique entre l'enfant et le parent auprès duquel l'enfant ne se trouve pas, selon les modalités à convenir entre les parents, sinon tous les mardis et vendredis vers 18.00 heures, « *heure locale où se trouve l'enfant* ».

Elle demande finalement la condamnation d'B. au paiement d'une indemnité de procédure de 2.000 euros pour l'instance d'appel, ainsi qu'aux frais et dépens de l'instance, sinon l'instauration d'un partage lui étant favorable.

Par télécopie du 27 avril 2022 envoyée au greffe de la Cour d'appel et au mandataire d'B., le mandataire de A. a indiqué que cette dernière se désiste purement et simplement de l'instance d'appel introduite par requête du 22 décembre 2021. Ledit désistement d'instance porte la signature de A., précédée de la mention « *bon pour désistement d'instance* ».

Par télécopie du 27 avril 2022, le mandataire d'B. indique s'opposer « *formellement et énergiquement audit désistement d'instance de la partie adverse alors qu'il en va de l'intérêt supérieur de l'enfant de voir toiser ladite affaire, de surcroît alors qu'il s'agit d'une matière d'ordre public* », en demandant que l'affaire soit retenue à l'audience du 29 avril 2022 à laquelle elle a été fixée pour plaidoiries.

Lors de l'audience des plaidoiries du 29 avril 2022, A. invoque ledit désistement d'instance.

B. réitère son refus d'acceptation du désistement d'instance.

Il conteste la validité du désistement d'instance pour ne pas être signé par l'avocat constitué et il demande à la Cour de statuer, sous réserve de l'irrecevabilité de la requête initiale et de l'acte d'appel, sur l'intégralité des faits qui se sont produits entre les parties depuis l'introduction de la requête initiale du 9 juillet 2021, notamment des faits faisant objet d'un jugement du juge de la jeunesse du 15 mars 2022. Il estime que la Cour est saisie de l'intégralité des faits jusqu'au jour des plaidoiries en raison du caractère dévolutif de l'appel et de l'intérêt supérieur de l'enfant.

L'intimé conclut ensuite à l'irrecevabilité, sinon à la nullité du désistement d'instance pour violer le principe de l'estoppel interdisant à une partie de se contredire au détriment d'autrui. Il expose que le désistement d'instance de A. se heurte à une nouvelle requête déposée par elle le 17 février 2022 au greffe du juge aux affaires familiales. Il soutient que lors des plaidoiries de cette affaire devant le juge aux affaires familiales, lesquelles ont été limitées à la seule question de la recevabilité de ladite requête, A. aurait indiqué son intention de vouloir maintenir la présente instance, de sorte que son désistement actuel serait en contradiction avec ses plaidoiries devant le juge aux affaires familiales. Il estime que A. se contredit également en soutenant qu'il n'y a pas lieu de tenir compte, dans le cadre de la présente instance, des faits postérieurs à l'introduction de la requête initiale, tout en invoquant elle-même des faits ayant eu lieu après le 9 juillet 2021 et il estime que ces changements de position constituent des contradictions à son détriment.

B. fait encore plaider que son refus d'acceptation du désistement d'instance est justifié pour des motifs d'ordre public. Il explique que la présente affaire concerne les droits et l'intérêt de l'enfant C., lesquels sont d'ordre public, que la mère méprise aussi bien les droits de son fils que les juridictions et il estime qu'à partir du moment où elle a introduit une procédure, elle ne peut plus faire marche-arrière, de sorte que le désistement d'instance doit être refusé sous peine de léser les droits de l'enfant C..

L'intimé considère que son refus d'acceptation du désistement d'instance est, en outre, justifié par des motifs légitimes. Il reproche à A. un harcèlement procédural contre lui et une incapacité à accepter une quelconque décision judiciaire. A ce titre, il explique que depuis l'arrêt de la Cour d'appel du 3 mars 2021 ayant fixé le droit de visite de A. à l'égard de l'enfant C., elle a introduit cinq nouvelles procédures, dont celles en première instance et en appel faisant objet des présents débats, une requête au fond ainsi que deux requêtes en matière de référé-urgence. Il considère ainsi qu'il a un intérêt légitime à ce que la Cour tranche définitivement toute la période jusqu'au moment des plaidoiries.

Finalement, B. estime qu'il y a lieu d'entendre le Ministère public en ses conclusions.

A. explique qu'en matière familiale de façon générale et particulièrement dans la présente affaire, la situation n'est jamais figée mais évolue constamment, de sorte qu'il peut être nécessaire d'introduire des nouvelles demandes qui tiennent compte de l'évolution de la situation. Elle soutient que depuis l'introduction de sa requête le 9 juillet 2021, de nouveaux éléments sont apparus qui ont rendu indispensable l'introduction d'une nouvelle requête devant le juge aux affaires familiales.

Elle conteste le reproche d'un harcèlement procédural en relativisant les faits tels qu'avancés par B.. Elle explique que sa première requête en référé-urgence avait été refixée à deux reprises suite à une erreur de la juridiction de première instance, de sorte qu'elle était obligée d'en introduire une seconde sur demande du juge aux affaires familiales, et que cette seconde affaire a été rayée, étant donné que les plaidoiries au fond étaient fixées le lendemain des plaidoiries dans l'affaire en référé-urgence.

Elle rappelle que sa demande initiale a été déclarée irrecevable faute par elle d'avoir établi l'existence d'un élément nouveau entre l'arrêt précité de la Cour d'appel et le dépôt de sa requête, que sa nouvelle requête actuellement pendante devant le juge aux affaires familiales se réfère à des faits ayant eu lieu postérieurement au 9 juillet 2021, que la Cour ne peut pas actuellement tenir compte de ces éléments dans le cadre de l'appréciation de la recevabilité de sa demande initiale, de sorte que la présente instance est dépourvue d'intérêt. Quant au reproche d'B. à son égard de multiplier les procédures, elle indique ne pas comprendre ce reproche au vu du refus de l'intimé d'accepter le désistement d'instance qui permettrait justement de mettre fin à une des procédures pendantes entre les parties.

Elle conclut que le désistement est valable en la forme, l'indication « *s. Me Chouhad* », accompagnée de la mention « *bon pour désistement d'instance* » et suivie de la signature manuscrite de l'appelante étant suffisante.

Maître Anne ROTH-JANVIER, avocat de l'enfant C., considère que les débats tels que menés ne concernent que les parents mais non pas l'enfant C.. Elle estime que le désistement d'instance est valable et elle précise que des débats très conflictuels ont eu lieu devant le juge de la jeunesse le 1^{er}

mars 2022, de sorte que la question de la présence du Ministère public se pose.

Appréciation de la Cour

Le désistement d'instance peut intervenir tout au long de celle-ci, tant en première instance qu'en instance d'opposition, d'appel ou de cassation, aussi longtemps qu'une décision définitive n'est pas encore intervenue (Répertoire de procédure civile, Dalloz, Désistement, 15 ; T. Hoscheit, *Le droit judiciaire privé au Grand-Duché de Luxembourg*, 2^e édition, p. 681).

Tant que la procédure n'a pas dépassé le stade de la formation du lien d'instance, le demandeur est seul maître de l'affaire et il peut la faire disparaître de sa seule initiative. Il lui suffit de notifier l'acte de désistement, et ce désistement produit ses effets dès la date de cette notification, et sans qu'aucune formalité ne doive être remplie, ni de la part du demandeur, ni de la part du défendeur. Le désistement présenté avant que le lien d'instance ne soit formé n'a donc pas besoin de recueillir l'accord du défendeur, ni d'une approbation de la part de la juridiction saisie (T. Hoscheit, *op. cit.*, p. 684).

Une simple manifestation unilatérale de volonté suffit ainsi pour mettre fin à l'instance qui n'est pas encore liée parce que, jusqu'à ce moment, l'instance appartient au demandeur et le défendeur n'a pas un droit acquis à ce qu'elle se poursuive. Le juge ne peut pas refuser de constater l'extinction de l'instance si l'avocat revient sur sa demande de désistement, à partir du moment où le désistement est parfait (Cass. 3^e civ., 1^{er} mars 2018, n° 17-14.335 : JurisData n° 2018-003261). L'acceptation n'est pas nécessaire si le défendeur n'a présenté aucune défense au fond ou de fin de non-recevoir au moment où le demandeur se désiste (Cass. 2^e civ., 21 nov. 1963 : Bull. civ. II, n° 754. – Cass. 2^e civ., 30 mars 1966 : Bull. civ. II, n° 444. – Cass. 2^e civ., 3 janv. 1969 : Bull. civ. II, n° 3). L'instance est également liée lorsque le défendeur a formé une demande reconventionnelle. A défaut, le désistement d'instance du demandeur produit immédiatement son effet extinctif que le juge doit constater (Cass. soc., 11 avr. 2018, n° 16-14.853 : JurisData n° 2018-005753). La partie adverse ne peut pas former obstacle au désistement d'instance par des demandes présentées postérieurement dont elle voudrait tirer profit pour arguer de la nécessité d'une acceptation du désistement de sa part. Lorsque l'instance est liée, le désistement n'est parfait qu'avec l'accord exprès ou tacite du défendeur (JurisClasseur Procédure civile, fasc. 800-40 : Désistement, 53 et suivants ; Répertoire de procédure civile, *op.cit.*, 57 et suivants ; T. Hoscheit, *op. cit.*, p. 683).

L'appréciation de l'antériorité du désistement peut poser problème lorsque la procédure est orale, comme c'est le cas en matière d'appel contre les décisions du juge aux affaires familiales. Malgré le caractère oral de la procédure, il est admis que le désistement puisse intervenir par écrit déposé au greffe et qu'il produise alors immédiatement son effet extinctif (Cour 15 juillet 2009, n° 34694 du rôle).

Ainsi, le désistement écrit du demandeur à l'instance, avant l'audience, produit immédiatement son effet extinctif (Cass. 2^e civ., 12 oct. 2006 : JurisData n° 2006-035394 ; Procédures 2007, comm. 2, R. Perrot ; Bull. civ. II, n° 266 ; Gaz. Pal. 2006, p. 3317, note Travier ; Rev. Lamy dr. civ. 2007,

n° 2708, obs. Miniato ; Gaz. Pal. 6-7 juill. 2007, p. 23, note E. du Rusquec). Cette solution est conforme au principe d'oralité de la procédure : en effet, ce principe ne concerne que les prétentions dont le juge est saisi, et qui doivent être formulées oralement à l'audience ; mais le désistement est un incident de procédure, non une prétention. Le soumettre au principe d'oralité ne serait pas cohérent. S'il s'avère qu'aucun moyen de défense ou fin de non-recevoir n'a été présenté avant le désistement envoyé par lettre par le demandeur, celui-ci produit ses effets (JurisClasseur Procédure civile, fasc. 800-40 : Désistement, 60).

En l'espèce, il y a lieu de constater, au vu des développements qui précèdent, que le désistement d'instance de A., envoyé le 27 avril 2022 par télécopie de la partie appelante au greffe de la Cour d'appel et au mandataire d'B., partant par acte d'avocat à avocat et, en outre, signé par A., est intervenu avant une défense au fond, fin de non-recevoir ou demande reconventionnelle de la part de l'intimé, de sorte qu'il a produit immédiatement ses effets et qu'une acceptation de la part de l'intimé n'est pas requise.

En considération de ces éléments, il y a lieu de faire droit au désistement d'instance et de le décréter.

PAR CES MOTIFS

la Cour d'appel, première chambre, siégeant en matière d'appel contre les décisions du juge aux affaires familiales, statuant contradictoirement,

vu l'article 1007-10 du Nouveau Code de procédure civile,

donne acte à A. de son désistement d'instance,

décète le désistement d'instance aux conséquences de droit,

condamne A. aux frais et dépens de l'instance par elle abandonnée.

Ainsi fait, jugé et prononcé à l'audience publique où étaient présents :

Thierry SCHILTZ, conseiller - président,
Amra ADROVIC, greffier.