

Arrêt référé (divorce).

Audience publique du quinze juillet deux mille neuf.

Numéro 34694 du rôle.

Composition:

*Romain LUDOVICY, président de chambre;  
Françoise MANGEOT, premier conseiller;  
Gilbert HOFFMANN, conseiller, et  
Jean-Paul TACCHINI, greffier.*

*E n t r e :*

*A.), sans état connu, demeurant à (...), (...),  
appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Patrick  
Kurdyban de Luxembourg en date du 2 janvier 2009,  
comparant par Maître Lex Thielen, avocat à Luxembourg,*

*e t :*

*M.), sans état particulier, demeurant à (...), (...),  
intimé aux fins du susdit exploit Patrick Kurdyban,  
comparant par Maître Bénédicte Daoût-Feuerbach, avocat à Luxem-  
bourg.*

#### **LA COUR D'APPEL:**

Par ordonnance du 26 novembre 2008, le juge des référés du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en la matière des mesures provisoires durant la procédure de divorce, a confié à **A.)** la garde provisoire des enfants communs **B.)**, né le (...), et **C.)**, née le (...), en attribuant à **M.)** un droit de visite et d'hébergement élargi plus amplement décrit dans ladite ordonnance, a attribué à **A.)** la résidence séparée au domicile conjugal à (...) en ordonnant le déguerpissement de **M.)** et a condamné **M.)** à payer à **A.)** au titre de contribution à l'entretien et l'éducation des deux enfants un secours mensuel indexé de 75 € pour

**B.)** et de 100 € pour **C.)**, ce à partir du 1<sup>er</sup> novembre 2008, et a rejeté la demande de **A.)** en obtention d'un secours alimentaire personnel.

Par acte d'huissier du 2 janvier 2009, **A.)** a régulièrement en la forme et quant au délai relevé appel de cette ordonnance pour voir fixer la pension pour les enfants à 200 € par mois pour chacun d'eux et pour se voir octroyer une pension alimentaire personnelle de 300 € par mois.

A l'appel des causes du 12 janvier 2009, l'affaire a été fixée à l'audience du 1<sup>er</sup> avril 2009. Par lettre du 31 mars 2009 adressée par téléfax au greffe de la Cour d'appel et au litismandataire de **M.)**, la partie **A.)** s'est désistée purement et simplement de l'instance d'appel en offrant de payer les frais de l'instance. Ledit désistement d'instance porte la signature de **A.)**, précédée de la mention « bon pour désistement ».

A l'appel des causes du 1<sup>er</sup> avril 2009, la partie **A.)** a invoqué ledit désistement, tandis que la partie **M.)** s'y est opposée en déclarant interjeter appel incident. Sur ce, l'affaire a été successivement refixée aux audiences du 22 juin 2009 et au 24 juin 2009.

A cette dernière audience, la partie **A.)** a de nouveau conclu à voir produire effet au désistement et partant à voir dire irrecevable l'appel incident, tandis que la partie **M.)**, déclarant ne pas accepter le désistement d'instance, a, lors des débats, explicité l'appel incident comme suit.

Faisant état de faits nouveaux consistant dans l'exercice par **A.)** d'un travail salarié à mi-temps depuis le 16 février 2009 et dans sa propre mise au chômage après licenciement du 29 janvier 2009 avec effet au 31 mai 2009 et se prévalant, à la suite de ces événements, d'une part, d'une plus grande disponibilité dans son chef que dans celui de son épouse pour s'occuper des enfants, **M.)** conclut à se voir attribuer la garde des enfants avec attribution de l'appartement à (...) comme résidence séparée. En ordre subsidiaire, il conclut à voir prononcer la « garde conjointe » des enfants, sinon à voir élargir davantage le droit de visite et d'hébergement. Se prévalant, d'autre part, d'une diminution des ses facultés contributives, **M.)** a encore relevé appel incident quant aux pensions alimentaires auxquelles il a été condamné.

Subsidiairement au désistement d'instance, la partie **A.)** conclut au fond, principalement, à la confirmation de l'ordonnance.

Un appel incident n'est possible que si le juge du second degré est encore saisi du fond du litige par un appel valable. Si l'appelant s'en est désisté antérieurement, l'irrecevabilité de l'appel incident s'impose.

Le désistement d'appel peut intervenir à tout moment de l'instance d'appel sans le consentement de l'intimé aussi longtemps que ce dernier n'a pas accepté le débat, c'est-à-dire jusqu'à la liaison de l'instance, soit par la présentation de défenses au fond, soit par l'introduction d'un appel incident ou la formation de demandes incidentes (J.-cl. proc. civ., t. VII, fasc. 714, éd. 2008, n° 27 ; RTD 1975, obs. R. Perrot, p. 376 ; RTD 1977, obs. R. Perrot, p. 630 s.). L'intimé ne peut donc empêcher l'abandon unilatéral de l'appel en concluant au fond postérieurement au désistement.

Au contraire, au cas où l'intimé a conclu au fond antérieurement à la proposition de désistement, l'acceptation de l'intimé est requise, sauf faculté au juge de passer outre et de parfaire le désistement.

L'appréciation de l'antériorité du désistement pose problème lorsque la procédure est orale, comme c'est le cas en matière de référé-divorce.

Malgré le caractère oral de la procédure, il est désormais admis que le désistement puisse intervenir par écrit déposé au greffe et qu'il produise alors immédiatement son effet extinctif (J.-cl. proc. civ., t. VII, fasc. 682, éd. 2003, n° 58 et surtout fasc. 714, éd. 2008, numéros 25, 26 et 58 ; Cass. soc. 17 mai 2005 cité à la RTD 2005, obs. R. Perrot, p. 634 ; Cass. 2<sup>e</sup> civ., 12 oct. 2006, D. 2006, p. 2808).

En application de cette jurisprudence, le désistement intervenu par le susdit téléfax a produit effet dès le 31 mars 2009 et l'appel incident formé oralement à l'audience lui est nécessairement postérieur et partant est irrecevable.

Si on n'accepte pas que dans une procédure orale le désistement puisse produire effet dès avant l'ouverture des débats – ce en vertu du principe de l'oralité qui se caractérise par le fait que seules comptent les déclarations des parties à la barre le jour de l'audience, leurs écritures, s'il en a été prises, étant dépourvues de tout effet juridique propre (RTD 1999, obs. R. Perrot, p. 200 ; RTD 2005, obs. R. Perrot, p. 634 ; cf. Natalie Fricero : Comment apprécier l'antériorité de l'appel incident par rapport au désistement dans le cadre d'une procédure orale ? : D. 2001, t. III, sommaires commentés de jurisprudence, p. 2713) – il demeure que le désistement peut être valablement présenté oralement à l'audience avant la formulation d'un appel incident ((J.-cl. précité, fasc. 682, n° 63). En effet, comme, en règle, le demandeur, à savoir en l'occurrence l'appelant principal, a la parole le premier, le désistement de celui-ci doit être présumé antérieur aux conclusions orales de l'intimé (RTD 1999, obs. R. Perrot, p. 200).

Les demandes par appel incident ayant été formées postérieurement au désistement d'instance restent donc irrecevables.

**Par ces motifs,**

la Cour d'appel, deuxième chambre, siégeant en matière de référé, statuant contradictoirement,

reçoit l'appel,

constate le désistement de l'instance d'appel,

dit irrecevables les demandes formées par appel incident,

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