

Arrêt référé (divorce).

Audience publique du cinq juin deux mille treize.

Numéro 39244 du rôle.

Composition:

*Étienne SCHMIT, président de chambre;  
Gilbert HOFFMANN, premier conseiller;  
Brigitte KONZ, conseillère, et  
Jean-Paul TACCHINI, greffier.*

*Entre :*

*A.), femme de charge, demeurant à L-(...),*

*appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Jean-Claude Steffen d'Esch-sur-Alzette en date du 8 novembre 2012,*

*comparant par Maître Guillaume Lochard, avocat à Luxembourg,*

*e t :*

*B.), maître d'œuvre en travaux publics, demeurant à L-(...),*

*intimé aux fins du susdit exploit Jean-Claude Steffen,*

*comparant par Caroline Muller, avocat à Luxembourg.*

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

Par ordonnance du 19 octobre 2012, le juge de référé-divorce du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, statuant sur la demande de B.) du 10 juillet 2012, a autorisé ce dernier à résider séparément de son épouse A.) au domicile conjugal à Luxembourg, et, statuant sur la demande reconventionnelle de cette dernière visant au paiement d'une pension alimentaire de 2.000 € par mois, a institué une expertise comptable afin d'élucider les revenus de B.) et, en attendant le résultat de cette mesure, a condamné B.) à payer à A.) une pension alimentaire indexée de 300 € par mois à partir du jour de la demande du 11 octobre 2012.

Par acte du 8 novembre 2012, A.) a régulièrement relevé appel de cette ordonnance quant à l'attribution de la résidence au domicile conjugal et quant au montant de la pension alimentaire.

Il ressort du courrier échangé entre litismandataires que la question de la résidence séparée a été résolue en janvier 2012 avec le départ de A.) à sa nouvelle adresse à L-(...). La question du volet alimentaire restait à ce moment en suspens.

Par lettre du 25 février 2013 adressée tant à la Cour d'appel qu'au litismandataire adverse, la partie B.) a fait savoir qu'elle entendait retenir l'affaire à l'audience du 6 mars 2013 pour voir réformer l'ordonnance quant à la durée de la pension alimentaire.

Ensuite, à ladite audience, le litismandataire de A.) a produit un acte daté du même jour, signé de cette dernière, aux termes duquel « elle se désiste purement et simplement de l'action introduite par (*le prédit acte d'appel*) et de l'instance ». La partie B.) a déclaré relever appel incident. L'affaire a été remise aux fins de clarifier la portée du désistement. Par lettre du 11 mars 2013 adressée à la Cour d'appel et au litismandataire adverse, la partie B.) a réitéré son intention de relever appel incident en précisant qu'elle entend remettre en question le secours alimentaire allouée à A.) et contester la mesure d'expertise instituée par le premier juge.

A l'audience de refixation du 8 mai 2013, la partie A.) a versé de nouveau l'acte de désistement qui a été restreint à un désistement d'instance. La partie B.) a invoqué sa prédite lettre du 25 février 2013 pour faire prévaloir son appel incident sur le désistement de la partie appelante principale. Inversement, la partie A.) a conclu à l'irrecevabilité de l'appel incident en se prévalant du désistement de l'instance d'appel.

Un appel incident n'est possible que si le juge du second degré est encore saisi 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. 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.

La chronologie entre le désistement et l'appel incident 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 admis, pour régler la priorité en cas de concours entre un appel incident et un désistement, de se référer aux écritures des parties si elles ont été déposées au greffe et notifiées à l'adversaire.

La partie B.) s'étant réservée par lettre du 25 février 2013, déposée au greffe et communiquée à la partie adverse, de relever appel incident a pu, à l'audience du 6 mars 2013, soutenir son appel incident prioritairement par rapport au désistement d'appel daté du jour de ladite audience.

Cette solution est fondée sur les exigences du procès équitable de l'article 6, § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et sur le principe de l'égalité des armes (J. cl. proc. civ., t. VII, fasc. 682, éd. 2010, numéros 54 et s. et surtout n° 60 et la jurispr. citée ; fasc. 714, éd. 2011, numéros 19 et s. et surtout n° 23 et la jurispr. citée).

Le désistement d'appel de la partie A.) est donc soumis à l'acceptation de la partie B.). Celle-ci a intérêt à ne pas accepter le désistement et à voir statuer sur ses obligations alimentaires envers A.) sur lesquelles porte tant l'appel principal que l'appel incident. Le désistement d'appel est donc à déclarer non valable et l'appel incident, recevable.

**Par ces motifs,**

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

reçoit l'appel principal de A.),

dit le désistement de A.) non valable,

reçoit l'appel incident de B.),

refixe l'affaire pour instruction au fond à l'audience du 23 octobre 2013 à 15.10 heures,

réserve les frais et dépens.

*La lecture de cet arrêt a été faite à l'audience publique indiquée ci-dessus par Étienne SCHMIT, président de chambre, en présence du greffier Jean-Paul TACCHINI.*