

Arrêt civil

**Audience publique du 4 janvier deux mille douze**

Numéro 37030 du rôle.

Composition:

Marie-Anne STEFFEN, président de chambre;

Odette PAULY, conseiller;

Pierre CALMES, conseiller;

Daniel SCHROEDER, greffier.

E n t r e :

**H),**

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Geoffrey GALLE de Luxembourg en date du 6 octobre 2010,

comparant par Maître Gerry OSCH, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

**la société anonyme S),**

intimée aux fins du susdit exploit GALLE du 6 octobre 2010,

comparant par Maître Joëlle PIERRET, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

## LA COUR D'APPEL :

Par jugement du 14 avril 2010, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a dit que l'instance introduite par exploit du 23 juillet 2009 était éteinte par le désistement de la société S) SA, a condamné cette dernière aux frais et a débouté H) de sa demande en obtention d'une indemnité de procédure.

Par exploit du 6 octobre 2010, H) a régulièrement interjeté appel contre ce jugement. Il fait valoir, principalement, que ce serait à tort que les premiers juges ont admis le désistement d'instance de la partie intimée à défaut de pouvoir spécial des membres du conseil d'administration et, à titre subsidiaire, que les premiers juges seraient à tort passés outre le refus opposé par H) au désistement proposé, au motif que ce dernier avait un motif légitime de s'y opposer, motif légitime qui aurait consisté dans sa demande reconventionnelle en obtention d'une indemnité de procédure. Il demande encore par réformation du jugement entrepris une indemnité de 650.- € procédure pour la première instance et une indemnité de procédure de 1.500.- €, augmentée en cours de procédure à 3.000.- € pour l'instance d'appel.

La partie intimée demande la confirmation du jugement entrepris, en affirmant qu'elle n'était pas obligée de signer l'acte de désistement et que par ailleurs son désistement tacite résulterait à suffisance de la radiation de l'action introduite par assignation du 23 juillet 2009 ainsi que par le dépôt d'une requête en exequatur. La partie intimée fait plaider en outre que la partie appelante n'avait aucun intérêt à s'opposer au désistement et que l'acceptation du désistement d'instance n'est requise qu'à partir du moment où l'instance est liée entre les parties litigantes, ce qui n'aurait pas été le cas en l'occurrence. Au vu de l'attitude jugée vexatoire de la partie appelante, la partie intimée demande l'obtention d'une indemnité de procédure de 750.- € en instance d'appel.

Le désistement d'instance communiqué à Maître Gerry Osch le 8 septembre 2009 porte la signature de Maître Joëlle Pierret mais non pas celles de ses mandants.

Il est unanimement admis qu'un désistement exprès fait par acte d'avoué à avoué doit porter la signature de la partie et qu'il s'agit là d'une formalité substantielle, dont l'omission est sanctionnée par la nullité du désistement (cf. Garsonnet et César-Bru, t. 3, p. 674) et que le mandat légal de l'avoué ne comporte pas le pouvoir de se désister (Cour, 15 juin 1987, n° 9414 du rôle).

Il faut en déduire que le désistement d'instance communiqué à Maître Osch ne peut valoir désistement d'instance exprès.

Il est cependant admis par la jurisprudence que le désistement peut être tacite et résulter de faits et circonstances impliquant l'abandon de l'instance (Cour 7 novembre 1995, Pas. 29, p. 451). Il en est ainsi lorsqu'une partie introduit une procédure incompatible avec l'intention de continuer l'instance primitive (Rép. pr. civ. Dalloz, verbo « désistement » n° 51). Par assignation du 23 juillet 2009 la société S) SA avait demandé l'exequatur d'une décision rendue le 3 novembre 2008 par le Tribunal de première instance de Verviers contre H). Il n'est pas contesté par la partie appelante, qu'étant donné que la procédure initiale était manifestement contraire aux dispositions de l'article 38 alinéa 1 du règlement CE 44/2001, la société S) SA a fait rayer en date du 23 novembre 2009 l'affaire introduite par l'assignation du 23 juillet 2009 après avoir déposé une requête en exequatur et après avoir obtenu une ordonnance d'exequatur. En procédant ainsi la société S) SA a de toute évidence manifesté son intention de ne pas continuer l'instance primitive. Eu égard à ces circonstances il y a lieu de constater que la société S) SA s'est implicitement mais nécessairement désistée de l'instance introduite par assignation du 23 juillet 2009.

H) s'est opposé à ce désistement et il affirme avoir eu un intérêt légitime à le faire, parce qu'il a demandé reconventionnellement une indemnité de procédure.

Une jurisprudence constante reconnaît aux juridictions le pouvoir de passer outre au refus d'acceptation du défendeur qui ne se fonde pas sur des motifs suffisants dont le sérieux et la légitimité sont souverainement appréciés par le juge. La demande en paiement de dommages et intérêts pour procédure vexatoire et la demande en paiement d'une indemnité de procédure, qui ne sont pas à qualifier de demandes reconventionnelles, ne sont pas atteintes par les effets du désistement, alors que ces demandes, sortant du cadre d'une simple défense à l'appel, ont une individualité propre et doivent dès lors être toisées, même si l'instance est déclarée éteinte par le désistement (cf. Cour, 17 juin 1992, n° 14101 du rôle).

Les premiers juges ne s'y sont pas trompés, puisqu'ils n'ont pas déclaré irrecevable la demande de H) en obtention d'une indemnité de procédure, mais ils l'ont déclarée non fondée.

H) n'ayant invoqué aucun autre motif à l'appui de son refus d'accepter le désistement de la société S) SA, le jugement est à confirmer, quoi que pour d'autres motifs, pour autant qu'il a dit que l'instance était éteinte par le désistement de la société S) SA.

C'est également à juste titre que les premiers juges ont débouté H) de sa demande en obtention d'une indemnité de procédure, au motif qu'il n'a pas justifié en quoi il serait inéquitable de laisser à sa charge l'entièreté des frais non compris dans les dépens.

Il résulte de ce qui précède que l'appel est à déclarer non fondé et que le premier jugement est à confirmer.

La partie appelante a demandé la condamnation de la partie intimée au paiement d'une indemnité de procédure en instance d'appel. Eu égard à l'issue du litige cette demande est à déclarer non fondée.

La partie intimée demande la condamnation de la partie appelante au paiement d'une indemnité de procédure de 750.- €. Eu égard au comportement de la partie appelante cette demande est à déclarer fondée.

#### **PAR CES MOTIFS :**

la Cour d'appel, septième chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement et sur le rapport du magistrat de la mise en état,

dit l'appel recevable ;

le déclare cependant non fondé ;

partant,

confirme le jugement entrepris ;

condamne H) à payer à la société S) SA une indemnité de procédure en instance d'appel de 750.- € ;

condamne H) aux frais et dépens de l'instance d'appel avec distraction au profit de Maître Joëlle Pierret, avocat concluant, qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance.