**A r r ê t c i v i l**

Audience publique du mercredi, douze janvier deux mille cinq.

Numéro 29 131 du rôle.

Composition :

Marie-Paule ENGEL, présidente de chambre ;
Edmée CONZEMIUS, premier conseiller ;
Camille HOFFMANN, conseiller ;
Patrick KELLER, greffier.

**E n t r e :**

**A.) , né …,** pilot, né le (…) à (…) (Allemagne), demeurant à L-(…),

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Camille FABER de Luxembourg en date du 07 juin 2004,

comparant par Maître James JUNKER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

**e t :**

**B.)**, sans état, née le (…) à (…) (Jersey), demeurant à F-(…),

intimée aux fins du prédit exploit FABER,

comparant par Maître Nathalie BARTHELEMY, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

---

**L A C O U R D ' A P P E L :**

Par exploit d'huissier de justice du 6 mai 2003, B.) a donné assignation à A.), né …, à comparaître par devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg pour entendre prononcer le divorce aux torts exclusifs de son mari et voir statuer sur les mesures accessoires conformément à sa demande.

Par acte notifié le 1er août 2003 à la partie défenderesse, B.) a déclaré se désister de l'instance en divorce.

Suivant conclusions du 13 octobre 2003, le défendeur a introduit une demande reconventionnelle en divorce.

Par jugement du 18 mai 2004, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a reconnu la régularité du désistement, a déclaré éteinte l'instance introduite par exploit d'huissier de justice du 6 mai 2003 et a dit sans objet la demande reconventionnelle de A.).

Celui-ci a relevé appel de ce jugement par exploit d'huissier de justice du 7 juin 2004 pour entendre déclarer sa demande reconventionnelle en divorce recevable, prononcer le divorce aux torts exclusifs de l'intimée, dire qu'il sera procédé à la liquidation et au partage de la communauté de biens ayant existé entre parties et ordonner tous devoirs à ces fins, et faire droit à ses demandes accessoires relatives à son droit de visite et à sa contribution aux frais d'entretien et d'éducation des enfants communs.

Il expose qu'il avait l'intention de formuler une demande reconventionnelle dès la signification de l'exploit introductif d'instance, mais qu'il avait tenu cette demande reconventionnelle en suspens en raison des pourparlers entamés en vue d'un divorce par consentement mutuel ; qu'en outre, au moment de la notification du désistement d'instance, l'affaire n'avait pas encore été enrôlée de sorte qu'il ne disposait pas de numéro de rôle ni d'échéancier ; que dans ces circonstances, il serait en droit de s'opposer au désistement d'instance.

En ordre subsidiaire, il soutient que le désistement, à le supposer valable, ne pourrait affecter que la demande principale, mais qu'il n'aurait aucun effet sur la demande reconventionnelle.

Il demande une indemnité de procédure de 750 € en application de l'article 240 du NCPC.

L'intimée demande la confirmation du jugement entrepris.

Le tribunal a déclaré à bon droit le désistement unilatéral de la demanderesse valable en constatant que l'instance n'était pas encore liée entre les parties au moment du désistement d'instance notifié le 1er août 2003; qu'en effet, à cette date, le défendeur n'avait encore présenté ni une défense au fond, ni une fin de non-recevoir, ni une demande reconventionnelle.

La circonstance que le défendeur avait voulu introduire une demande reconventionnelle, mais qu'il avait tardé à le faire en raison des pourparlers engagés entre parties, reste sans incidence quant à la régularité du désistement.

Il en est de même de l'absence d'enrôlement de l'affaire par la demanderesse à la date de la notification du désistement, le défendeur ayant la possibilité de procéder lui-même à l'enrôlement et de notifier une demande reconventionnelle.

Le désistement entraîne l'extinction de l'instance et donc l'anéantissement de tous les actes de procédure accomplis au cours de l'instance, y compris la demande introductive d'instance. L'instance éteinte par suite du désistement ne peut plus être invoquée par l'une des parties pour servir de fondement à un acte de procédure ultérieur. La demande reconventionnelle formée ultérieurement au désistement est par conséquent irrecevable (Solus et Perrot, Procédure civile T III, n° 1040, p. 884). Le défendeur peut légitimement s'opposer au désistement pour qu'il soit statué sur sa demande reconventionnelle, à condition que celle précède le désistement.

Le jugement entrepris est par conséquent à confirmer.

Comme la partie appelante succombe en instance d'appel et devra supporter l'intégralité des dépens, elle ne peut prétendre à l'allocation d'une indemnité de procédure.

**P a r c e s m o t i f s :**

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

déclare l'appel recevable ;

le dit non fondé ;

confirme le jugement entrepris ;

dit non fondée la demande de l'appelant en obtention d'une indemnité de procédure et l'en déboute ;

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

La lecture du présent arrêt a été faite en la prédite audience publique par Marie-Paule ENGEL, présidente de chambre, en présence de Patrick KELLER, greffier.