

N° 13 / 2017
du 9.2.2017.

Numéro 3810 du registre.

Audience publique de la Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg du jeudi, neuf février deux mille dix-sept.

Composition:

Jean-Claude WIWINIUS, président de la Cour,
Romain LUDOVICY, conseiller à la Cour de cassation,
Nico EDON, conseiller à la Cour de cassation,
Carlo HEYARD, conseiller à la Cour de cassation,
Marie-Paule BISDORFF, conseiller à la Cour d'appel,
Simone FLAMMANG, avocat général,
Viviane PROBST, greffier à la Cour.

Entre:

X, demeurant à (...),

demanderesse en cassation,

comparant par Maître Joëlle CHRISTEN, avocat à la Cour, en l'étude de laquelle domicile est élu,

et:

Y, demeurant à (...),

défendeur en cassation,

comparant par Maître Sabrina MARTIN, avocat à la Cour, en l'étude de laquelle domicile est élu.

=====

LA COUR DE CASSATION :

Vu l'arrêt attaqué rendu le 11 mai 2016 sous le numéro 41036 du rôle par la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, deuxième chambre, siégeant en matière de référé ;

Vu le mémoire en cassation signifié le 2 août 2016 par X à Y, déposé le 4 août 2016 au greffe de la Cour ;

Vu le mémoire en réponse signifié le 26 septembre 2016 par Y à X, déposé au greffe de la Cour le 30 septembre 2016 ;

Vu le nouveau mémoire, dénommé « mémoire en réplique », signifié le 22 novembre 2016 par X à Y, déposé au greffe de la Cour le 28 novembre 2016 ;

Sur le rapport du conseiller Romain LUDOVICY et sur les conclusions du premier avocat général Jeanne GUILLAUME ;

Sur les faits :

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que le juge des référés près le tribunal d'arrondissement de Diekirch avait autorisé Y à résider, durant l'instance en divorce pendante entre les époux, séparé de son épouse dans un appartement qu'il avait pris en location à Waterloo et X dans un immeuble commun sis à Wiltz ; que la Cour d'appel a, par réformation, autorisé Y à résider dans l'immeuble sis à Wiltz et X dans un autre immeuble commun sis à Bruxelles ;

Sur la recevabilité du pourvoi qui est contestée :

Attendu que le défendeur en cassation soulève la nullité, sinon l'irrecevabilité du pourvoi en cassation du fait de l'indication d'une adresse inexacte dans son mémoire par la demanderesse en cassation ;

Attendu que l'article 10 de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation n'impose pas, à titre de condition de forme du mémoire en cassation, l'indication du domicile du demandeur en cassation ;

Qu'il en suit que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le premier moyen de cassation :

tiré « *de la violation des articles 56, 63, 64, 65 du Nouveau code de procédure civile et de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales en ce que l'arrêt attaqué du 11 mai 2016 a autorisé Y à résider séparé de son épouse à (...), ou à toute autre adresse de son*

choix, avec interdiction à X de venir l'y troubler et a autorisé X à résider séparée de son époux à (...), avec interdiction à Y de venir l'y troubler ;

aux motifs notamment que « l'obligation pour Y de résider à une distance de son aéroport d'attache de maximum une heure de transport n'est plus d'actualité, vu le document susmentionné daté du 17 septembre 2013 >> ,

alors qu'aux termes de l'article 56 du Nouveau code de procédure civile : << Le juge ne peut fonder sa décision sur des faits qui ne sont pas dans le débat >> ,

que d'après l'article 63 du Nouveau code de procédure civile, << Nulle partie ne peut être jugée sans avoir été entendue ou appelée. >> ;

que d'après l'article 64 du Nouveau code de procédure civile, << Les parties doivent se faire connaître mutuellement en temps utile les moyens de fait sur lesquels elles fondent leurs prétentions, les éléments de preuve qu'elles produisent et les moyens de droit qu'elles invoquent, afin que chacune soit à même d'organiser sa défense. >> ;

que d'après l'article 65 du Nouveau code de procédure civile, << Le juge doit en toutes circonstances faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction.

Il ne peut retenir dans sa décision les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement. (...) >> ;

qu'enfin, aux termes de l'article 6 (1.) de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, << Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil (...) >> ;

de telle sorte qu'en fondant sa décision sur le document daté du 17 septembre 2013 duquel ressort que la compagnie aérienne RYANAIR n'exige plus de ses pilotes de résider à une distance de leur aéroport d'attache de maximum une heure de transport qui fut versé à la Cour d'appel en cours de délibéré et n'était partant pas dans le débat et dont la partie demanderesse en cassation a demandé expressément le rejet par courrier du 4 avril 2016, la Cour d'appel, en fondant sa décision sur ladite pièce, a violé les textes susvisés » ;

Vu les articles 56 et 65 du Nouveau code de procédure civile, ensemble l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des Libertés fondamentales ;

Attendu qu'en fondant leur décision, entre autres, sur la pièce visée au moyen, qui n'avait pas été soumise au débat contradictoire des parties pour avoir

été versée par le défendeur en cassation après la prise en délibéré de l'affaire, les juges d'appel ont violé les dispositions reprises ci-dessus ;

Qu'il en suit que l'arrêt encourt la cassation ;

Sur les demandes en allocation d'une indemnité de procédure :

Attendu que le défendeur en cassation étant à condamner aux dépens de l'instance en cassation, sa demande en allocation d'une indemnité de procédure est à rejeter ;

Attendu que la demande de la demanderesse en cassation en allocation d'une indemnité de procédure est également à rejeter, la condition d'iniquité requise par l'article 240 du Nouveau code de procédure civile n'étant pas remplie en l'espèce ;

**Par ces motifs,
et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le second moyen de cassation,**

casse et annule l'arrêt rendu le 11 mai 2016 par la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, deuxième chambre, siégeant en matière de référé, sous le numéro 41036 du rôle ;

déclare nuls et de nul effet ladite décision judiciaire et les actes qui s'en sont suivis, remet les parties dans l'état où elles se sont trouvées avant l'arrêt cassé et pour être fait droit, les renvoie devant la Cour d'appel, autrement composée ;

rejette les demandes en allocation d'une indemnité de procédure ;

condamne le défendeur en cassation aux dépens de l'instance en cassation ;

dit qu'à la diligence du procureur général d'Etat, le présent arrêt sera transcrit sur le registre de la Cour d'appel et qu'une mention renvoyant à la transcription de l'arrêt sera consignée en marge de la minute de l'arrêt annulé.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Monsieur le président Jean-Claude WIWINIUS, en présence de Madame Simone FLAMMANG, avocat général, et de Madame Viviane PROBST, greffier à la Cour.