

N° 169 / 2020
du 10.12.2020
Numéro CAS-2019-00180 du registre

Audience publique de la Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg du
jeudi, dix décembre deux mille vingt.

Composition:

Jean-Claude WIWINIUS, président de la Cour,
Eliane EICHER, conseiller à la Cour de cassation,
Michel REIFFERS, conseiller à la Cour de cassation,
Roger LINDEN, conseiller à la Cour de cassation,
Lotty PRUSSEN, conseiller à la Cour de cassation,
Monique SCHMITZ, avocat général,
Viviane PROBST, greffier à la Cour.

Entre:

X, demeurant à (...),

demandeur en cassation,

comparant par Maître Deidre DU BOIS, avocat à la Cour, en l'étude de laquelle
domicile est élu,

et:

Y, demeurant à (...),

défenderesse en cassation,

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

Vu l'arrêt attaqué, numéro 124/19, rendu le 16 octobre 2019 sous le numéro
CAL-2019-00725 du rôle par la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg,
septième chambre, siégeant en matière d'appel de référé ;

Vu le mémoire en cassation signifié le 19 décembre 2019 par X à Y, déposé
le 27 décembre 2019 au greffe de la Cour ;

Vu le mémoire en réponse signifié le 14 février 2020 par Y à X, déposé le 19 février 2020 au greffe de la Cour ;

Sur le rapport du conseiller Eliane EICHER et les conclusions du premier avocat général Marie-Jeanne KAPPWEILER ;

Sur les faits

Selon l'arrêt attaqué, le juge des référés du tribunal d'arrondissement de Luxembourg avait, dans le cadre d'une procédure de divorce entre les époux Y et X, régie par la législation antérieure à la loi du 27 juin 2018 instituant le juge aux affaires familiales, portant réforme du divorce et de l'autorité parentale et portant modification de divers codes et lois, confié la garde provisoire des deux enfants communs mineurs à Y et accordé un droit de visite à X. La Cour d'appel avait confirmé cette ordonnance.

Suite au refus opposé par X à la demande de Y de transférer sa résidence à l'étranger avec les enfants communs mineurs, le juge aux affaires familiales du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, saisi par Y, avait autorisé celle-ci à aller habiter avec les enfants à Bruxelles. Saisie par X, la Cour d'appel avait dit que le juge aux affaires familiales n'était pas compétent pour connaître de la demande de Y.

Saisi, sur base de l'article 932, alinéa 1, du Nouveau code de procédure civile, par Y, le juge des référés avait fait droit à sa demande à être autorisée à déménager avec les enfants communs mineurs à Bruxelles. La Cour d'appel a confirmé cette ordonnance.

Sur le premier moyen de cassation

Enoncé du moyen

« Tiré de la violation des articles 1007-1 et 1007-11 du Nouveau code de procédure civile ;

En ce que la Cour d'appel s'est déclarée compétente sur base des articles 932 et 933 du NCPC pour connaître des demandes adverses ;

Alors qu'aux termes des articles 1007-1 et 1007-11 du Nouveau code de procédure civile, le juge compétent pour statuer sur les demandes adverses tenant au changement de domicile de l'un des parents et au déménagement de l'enfant aurait dû être le juge aux affaires familiales ;

De sorte que la Cour d'appel était matériellement incompétente pour connaître des demandes adverses, sachant qu'elle a connu d'une affaire que la loi réserve à une autre juridiction et qu'elle était donc incompétente. ».

Réponse de la Cour

Vu l'article 1007-1, point 7, du Nouveau code de procédure civile qui dispose :

« Le juge aux affaires familiales connaît :

(...)

7° des demandes relatives à l'exercice de l'autorité parentale à l'exclusion de celles relatives au retrait de l'autorité parentale ;

(...). ».

Vu l'article 1007-5 du Nouveau code de procédure civile qui dispose :

« Le juge aux affaires familiales exerce également les fonctions de juge des référés. ».

Vu l'article 1007-11, paragraphe 1, du Nouveau code de procédure civile qui dispose :

« Dans les cas d'urgence absolue dûment justifiée dans la requête et lorsque le juge aux affaires familiales est déjà saisi par une requête au fond, il peut être saisi d'une requête en référé exceptionnel en obtention de mesures provisoires. ».

Le transfert de résidence de la défenderesse en cassation avec les enfants communs mineurs à l'étranger a trait à une modalité d'exercice de l'autorité parentale.

Suite à l'entrée en vigueur, le 1^{er} novembre 2018, de la susdite loi du 27 juin 2018, en ce qu'elle porte sur les dispositions visées ci-dessus, applicables *ratione temporis* à la demande de la défenderesse en cassation, présentée le 28 février 2019, le juge aux affaires familiales est, aux termes de l'article 1007-1, point 7, du Nouveau code de procédure civile, compétent pour connaître des demandes relatives à l'exercice de l'autorité parentale et peut, aux termes de l'article 1007-5 du Nouveau code de procédure civile et de l'article 1007-11 du même code, dans les conditions y fixées, statuer en référé.

En retenant que le juge des référés, saisi sur base de l'article 932 du Nouveau code de procédure civile, était compétent pour connaître de la demande de la défenderesse en cassation, les juges d'appel ont violé les dispositions visées ci-dessus.

Il en suit que l'arrêt encourt la cassation.

Sur la demande en allocation d'une indemnité de procédure

La défenderesse en cassation étant à condamner aux dépens de l'instance en cassation, sa demande en allocation d'une indemnité de procédure est à rejeter.

PAR CES MOTIFS,

et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres moyens,

la Cour de cassation :

casse et annule, sans renvoi, l'arrêt numéro 124/19, rendu le 16 octobre 2019 sous le numéro CAL-2019-00725 du rôle par la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, septième chambre, siégeant en matière d'appel de référé ;

rejette la demande de la défenderesse en cassation en allocation d'une indemnité de procédure ;

condamne la défenderesse en cassation aux dépens de l'instance en cassation avec distraction au profit de Maître Deidre DU BOIS, sur ses affirmations de droit ;

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

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par le président Jean-Claude WIWINIUS en présence de l'avocat général Monique SCHMITZ et du greffier Viviane PROBST.

Conclusions du Parquet Général
dans l'affaire de cassation
X
contre
Y
(CAS-2019-00180)

Le pourvoi en cassation introduit par X par un mémoire en cassation signifié le 19 décembre 2019 à la défenderesse en cassation et déposé au greffe de la Cour Supérieure de Justice le 27 décembre 2019 est dirigé contre un arrêt n°124/19 rendu en date du 16 octobre 2019 par la Cour d'appel, septième chambre, siégeant en matière d'appel de référé, statuant contradictoirement (n° CAL-2019-00725 du rôle). Cet arrêt a été signifié au demandeur en cassation en date du 31 octobre 2019.

Le pourvoi en cassation est recevable pour avoir été interjeté dans la forme et le délai prévus à l'article 7 de la loi du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation.

La défenderesse en cassation a signifié un mémoire en réponse en date du 14 février 2020 et l'a déposé au greffe de la Cour Supérieure de Justice en date du 19 février 2020.

Ce mémoire peut être pris en considération pour avoir été signifié et déposé dans la forme et le délai prévus à l'article 16 de la loi précitée du 18 février 1885.

Les faits et rétroactes

En date du 8 août 2018, la défenderesse en cassation a assigné en divorce le demandeur en cassation. Une ordonnance en matière de référé-divorce du 20 septembre 2018 a attribué la garde provisoire des deux enfants communs mineurs à leur mère tout en accordant un droit de visite au père. Cette ordonnance a été confirmée par arrêt de la Cour d'appel du 18 décembre 2018.

Y (ci-après Y) a demandé en date du 14 février 2019 l'autorisation de X de pouvoir déménager avec les enfants communs à Bruxelles pour des raisons professionnelles. Suite au refus formel de X, Y a, par requête du 28 février 2019, demandé au juge des affaires familiales du tribunal d'arrondissement de Luxembourg à être autorisée à aller habiter avec les deux enfants mineurs à Bruxelles. Par jugement du 3 mai 2019, le juge aux affaires familiales a fait droit à cette demande. X a relevé appel de ce jugement par requête déposée en date du 20 mai 2019.

Le divorce entre parties a été prononcé par un jugement du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg en date du 6 juin 2019, qui a refixé l'affaire pour continuation des débats sur d'autres points litigieux.

Par arrêt rendu en date du 26 juin 2019, la Cour d'appel siégeant en matière civile a réformé le jugement du juge aux affaires familiales du 3 mai 2019 et a décidé que le juge aux affaires familiales était incompétent pour connaître de la demande présentée par Y.

Etant donné que l'instance en divorce était toujours pendante devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, quatrième chambre, Y a saisi ledit tribunal de sa demande par voie de conclusions notifiées entre parties en date du 27 juin 2019.

Une ordonnance présidentielle du 28 juin 2019 a autorisé Y à assigner X pour une audience extraordinaire des référés-ordinaires pour le 1^{er} juillet 2019 pour voir statuer sur sa demande à se voir autoriser à aller habiter à Bruxelles avec les deux enfants communs mineurs. Par exploit d'huissier du même jour il a été donné assignation à X à comparaître devant le président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés le 1^{er} juillet 2019.

Par ordonnance du 3 juillet 2019, le président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés s'est déclaré compétent pour connaître de la demande ; au principal, a renvoyé les parties à se pourvoir devant qui de droit, mais dès-à-présent et par provision, vu l'urgence, a autorisé Y à déménager avec les enfants communs à Bruxelles à condition que Y assure l'intégralité des déplacements en vue de l'exercice du droit de visite et d'hébergement de X.

De cette ordonnance, X a relevé appel par exploit d'huissier du 12 juillet 2019.

Par arrêt du 16 octobre 2019, la Cour d'appel siégeant en matière d'appel de référé
*« dit l'appel recevable,
le dit non fondé,
confirme l'ordonnance entreprise,
déboute X de sa demande en allocation d'une indemnité de procédure,
condamne X aux frais et dépens de l'instance d'appel. »*
Cet arrêt fait l'objet du présent pourvoi.

Sur le premier moyen de cassation :

Le premier moyen de cassation est *« tiré de la violation des articles 1007-1 et 1007-11 du Nouveau code de procédure civile,*

En ce que la Cour d'appel s'est déclarée compétente sur base des articles 932 et 933 du NCPC pour connaître des demandes adverses,

Alors qu'aux termes des articles 1007-1 et 1007-11 du Nouveau code de procédure civile, le juge compétent pour statuer sur les demandes adverses tenant au changement de domicile de l'un des parents et au déménagement de l'enfant aurait dû être le juge aux affaires familiales,

De sorte que la Cour d'appel était matériellement incompétente pour connaître des demandes adverses, sachant qu'elle a connu d'une affaire que la loi réserve à une autre juridiction et qu'elle était donc incompétente. »

Pour répondre au moyen d'incompétence *ratione materiae* du juge des référés soulevé par l'appelant, l'arrêt dont pourvoi a tout d'abord procédé au constat suivant :

« Conformément à une jurisprudence constante antérieure à la loi du 27 juin 2018 instituant le juge aux affaires familiales, il était en effet communément admis que les questions touchant au déménagement des enfants communs à l'étranger relevaient de l'autorité parentale et nécessitaient partant l'accord des deux parents et qu'en cas de désaccord l'époux le plus diligent pouvait saisir le juge des tutelles.

La décision à prendre n'étant pas directement liée à l'instance de divorce et touchant, en raison de sa portée, à une question de fond le juge des référés-divorce statuant dans le cadre des mesures provisoires était incompétent pour en connaître.

La compétence du juge des tutelles a été transférée au juge aux affaires familiales depuis l'entrée en vigueur de la loi du 27 juin 2018. »

La Cour d'appel a encore constaté qu'*«en l'espèce l'urgence existait au moment où le juge de première instance a statué. En effet le délai pour accepter l'offre de travail expirait le 3 juillet 2019 et Y n'avait, suite au refus lui opposé par X, pas obtenu de décision judiciaire l'autorisant à déménager avec les enfants communs à Bruxelles, ce malgré le fait qu'elle avait saisi le juge aux affaires familiales d'une demande en ce sens dès le 28 février 2019.*

L'autorisation lui accordée en première instance par le juge aux affaires familiales est en effet devenue caduque suite à la décision de la Cour du 26 juin 2019.

Par la suite, l'intimée a saisi de sa demande tant le tribunal d'arrondissement statuant au fond sur le divorce entre parties, que le juge des tutelles. Un revirement de jurisprudence de la Cour d'appel étant intervenu postérieurement à la décision du 26 juin 2019, Y a encore, en date du 23 septembre 2019, introduit une nouvelle requête devant le juge aux affaires familiales. »

Un arrêt n° 165/19 de la Cour d'appel, chambre des vacances, siégeant en matière civile, rendu en date du 9 août 2019 (n° CAL-2019-00701 du rôle) a effectivement pris le contre-pied de l'arrêt n° 135/19 rendu en date du 26 juin 2019 dans l'affaire X-Y.

Dans cette affaire, la Cour d'appel devait statuer sur un appel contre un jugement du juge aux affaires familiales du 17 juillet 2019, qui avait autorisé une mère à aller habiter à l'étranger avec les enfants communs, comme c'était également le cas dans l'affaire X-Y.

Cette fois-ci, la Cour d'appel a décidé :

« L'ancien article 267 bis du Code civil, qui reste d'application à la présente cause en vertu des dispositions transitoires de la loi du 27 juin 2018, accorde compétence au président du tribunal saisi de la demande en divorce pour statuer en référé sur « les mesures provisoires relatives à la personne, aux aliments et aux biens tant des parties que des enfants », ce qui englobe toutes les mesures portant sur l'organisation de l'autorité parentale et plus précisément sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale, à savoir la fixation de la résidence habituelle de l'enfant, l'aménagement des relations personnelles entre parents et enfants, l'exercice de l'autorité parentale par un seul des père et mère et la contribution à l'entretien et l'éducation des enfants. Les mesures provisoires de référé-divorce organisent la période transitoire de l'instance en divorce et sont essentiellement temporaires, ne valant en principe que pour la durée de l'instance.

L'ancien article 375-1 du Code civil a accordé, en cas de désaccord des parents, compétence au juge des tutelles pour connaître des litiges opposant les père et mère sur ce qu'exige l'intérêt des enfants et portant sur des questions primordiales intéressant la vie et l'éducation des enfants, tels le choix d'un établissement scolaire, l'orientation professionnelle, l'éducation religieuse, l'opportunité d'un traitement médical, le port d'un nom, etc., soit des questions qui ne sont pas liées directement à l'instance en divorce et qui ne sont pas de même nature que les mesures portant sur l'organisation de l'autorité parentale et plus précisément sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale.

En l'espèce, la demande présentée par [la mère] et le problème sous-jacent a trait à une décision à prendre dans le cadre de l'exercice de l'autorité parentale.

A l'instar du juge de première instance, la Cour constate que le choix du milieu de vie des enfants communs et leur déménagement du Luxembourg vers l'Espagne a nécessairement des répercussions sur leur vie sociale, éducative et professionnelle. La décision que le juge saisi est amené à prendre à cet égard touche en raison de sa portée à une question de fond, réservée par l'ancien article 375-1 du Code civil au juge des tutelles, en sorte que suite à l'entrée en vigueur de la loi du 27 juin 2018, cette compétence est transférée au juge aux

affaires familiales, l'article 1007-1 alinéa 7 du Nouveau Code de procédure civile disposant que le juge aux affaires familiales connaît des demandes relatives à l'exercice de l'autorité parentale à l'exclusion de celles relatives au retrait de l'autorité parentale.

C'est partant à juste titre que le juge de première instance s'est déclaré compétent pour connaître de la demande[de la mère]. »

Cette jurisprudence a été suivie depuis lors et il existe désormais une jurisprudence claire et constante en ce qui concerne la compétence du juge aux affaires familiales pour connaître des demandes présentées par un parent qui souhaite se voir autoriser à déménager avec les enfants communs.

Or, la défenderesse en cassation se voyait confrontée à un arrêt rendu en date du 26 juin 2019, par lequel la Cour d'appel siégeant en matière civile a réformé le jugement du juge aux affaires familiales du 3 mai 2019 et a décidé que le juge aux affaires familiales était incompétent pour connaître de sa demande.

Les juges du fond ont encore relevé que *« le délai pour accepter l'offre de travail expirait le 3 juillet 2019 et Y n'avait, suite au refus lui opposé par X, pas obtenu de décision judiciaire l'autorisant à déménager avec les enfants communs à Bruxelles, ce malgré le fait qu'elle avait saisi le juge aux affaires familiales d'une demande en ce sens dès le 28 février 2019. »*

Suite au revirement de jurisprudence de la Cour d'appel, la défenderesse en cassation a de nouveau saisi le juge aux affaires familiales par requête déposée le 24 septembre 2019.

Dans un jugement rendu en date du 25 novembre 2019¹ sur base de la nouvelle requête de Y, le juge aux affaires familiales s'est déclaré territorialement incompétent au motif que la mère et les enfants ont déménagé fin juillet 2019 à Bruxelles² et qu'en vertu de l'article 8 du Règlement Bruxelles II bis, c'est désormais le juge belge qui est compétent pour connaître de la demande de Y.

Compte tenu de l'arrêt de la Cour d'appel du 26 juin 2019 ayant décidé que le juge des affaires familiales était incompétent pour connaître de la demande, Y, qui disposait d'un délai jusqu'au 3 juillet pour accepter l'offre d'un emploi à plein temps à Bruxelles, ne pouvait pas faire un pourvoi contre ledit arrêt et espérer obtenir une décision en temps utile. Elle a alors saisi un autre juge qui, compte tenu de l'incompétence du juge aux affaires familiales décidée par la Cour d'appel, pouvait être compétent et pouvait rendre une décision à bref délai.

¹ Pièce n°7 de la farde de Maître Marisa Roberto

² Conformément à l'autorisation accordée par ordonnance de référé du 3 juillet 2019

Le président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés s'est déclaré compétent et a été confirmé sur ce point par l'arrêt attaqué, qui constate d'abord que « la compétence du juge des tutelles a été transférée au juge aux affaires familiales depuis l'entrée en vigueur de la loi du 27 juin 2018 », mais poursuit :

« Le Président du Tribunal d'arrondissement, siégeant en matière de référé, garde cependant toute sa compétence pour résoudre au provisoire les litiges qui relèvent quant au fond de la compétence du tribunal d'arrondissement, sous réserve évidemment que les conditions inscrites aux articles 932 et suivants du NCPC soient réunies.

La Cour approuve le magistrat de première instance d'avoir retenu qu'étant donné que tous les magistrats actuellement saisis de la demande de Y (chambre du tribunal d'arrondissement siégeant sur le divorce au fond, juge des tutelles ou juge aux affaires familiales) sont des émanations du tribunal d'arrondissement, leur compétence éventuelle ne fait pas obstacle à la saisine du juge des référés, statuant par une décision provisoire qui ne peut avoir aucun effet sur la décision intervenant au fond. »

D'après cette motivation, il existerait une compétence concurrente entre le président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés et le juge aux affaires familiales pour connaître du contentieux en question.

Or, d'après l'exposé des motifs du projet de loi ayant abouti à la loi du 27 juin 2018 instituant le juge aux affaires familiales :

« Le Gouvernement estime que le regroupement d'un certain nombre de compétences pouvant être englobées sous le concept du "droit de la famille" entre les mains d'un seul magistrat spécialisé s'impose.

Le Gouvernement s'est très largement inspiré du droit français, qui connaît la fonction de juge aux affaires familiales depuis de longues années, pour déterminer le champ de compétence matérielle des juges aux affaires familiales.

Ainsi, le Gouvernement a décidé de réunir un certain nombre de compétences qui sont actuellement dispersées entre différentes juridictions comme le juge de paix, une chambre civile du tribunal d'arrondissement, le président du tribunal d'arrondissement, le juge de la jeunesse ou le juge des tutelles. Les juges aux affaires familiales sont tout d'abord compétents pour toutes les procédures relatives au mariage, comme par exemple pour les litiges relatifs aux droits et devoirs respectifs des époux. Les juges aux affaires familiales sont également compétents pour connaître des procédures de divorce que ce soit pour les mesures provisoires ou pour le fond du divorce.

Un autre contentieux très important qui relève des juges aux affaires familiales est celui relatif à l'autorité parentale. Le corollaire du principe de coparentalité introduit par le présent projet de loi est une harmonisation des procédures. Les juges aux affaires familiales seront donc compétents pour tous les litiges relatifs aux modalités d'exécution de l'autorité parentale peu importe si les parents sont mariés, vivent ensemble, sont divorcés ou séparés. Toutes les formes de familles sont mises sur un même pied d'égalité.

En outre, toutes les compétences qui concernent les mineurs et qui sont actuellement exercées par le juge des tutelles sont transférées aux juges aux affaires familiales, y compris l'organisation de la tutelle du mineur en cas de décès de ses deux parents. »

La motivation de l'arrêt dont pourvoi citée ci-dessus ne nous semble pas conforme à l'objectif de spécialisation poursuivi par le législateur.

Toutefois, étant donné que la défenderesse en cassation a été mise dans une situation inextricable compte tenu de l'arrêt de la Cour d'appel du 26 juin 2019, qui a pris une décision sur une question qui a connu un revirement de jurisprudence quelques semaines plus tard, il fallait éviter un déni de justice causant un préjudice irréparable à un justiciable. Tel aurait été le cas si le président du tribunal siégeant comme juge des référés s'était à son tour déclaré incompétent. Si Y avait introduit en pourvoi en cassation contre l'arrêt de la Cour d'appel du 26 juin 2019, elle n'aurait pu obtenir d'arrêt de cassation avant la date du 3 juillet 2019, date à laquelle elle devait accepter ou refuser l'offre d'emploi. Elle ne pouvait pas non plus déposer une nouvelle demande devant le juge aux affaires familiales, la Cour d'appel venant de déclarer que celui-ci était incompétent pour connaître de l'affaire. Et le revirement de jurisprudence de la Cour d'appel n'est intervenu qu'en date du 9 août 2019, lorsque l'appel contre l'ordonnance de référé avait déjà interjeté par exploit du 12 juillet 2019 et la défenderesse en cassation avait entre-temps déjà déménagé à Bruxelles avec les enfants.

Actuellement, depuis le revirement de la jurisprudence de la Cour d'appel, la compétence du juge aux affaires familiales pour connaître d'une demande d'autorisation à déménager à l'étranger avec les enfants mineurs est admise.

Il serait toutefois disproportionné de casser et annuler l'arrêt dont pourvoi, qui a dû trancher en tenant compte de la situation factuelle du dossier, y compris de l'existence de l'arrêt de la Cour d'appel du 26 juin 2019, et qui a évité que Y ne devienne victime d'un déni de justice et ne subisse un préjudice irréparable.

La formule à laquelle la Cour d'appel a eu recours dans la description des rétroactes est éloquent : « *X ayant relevé appel de cette décision, la Cour d'appel a, de façon inattendue, par un arrêt du 26 juin 2019 dit que le juge aux affaires familiales n'était pas compétent pour connaître de la demande présentée par Y.* »³

³ Nous soulignons

La soussignée propose de substituer aux motifs cités ci-avant⁴ concernant la compétence du président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés les motifs suivants :

« Compte tenu de l'arrêt de la Cour d'appel rendu en date du 26 juin 2019, par lequel la Cour a réformé le jugement du juge aux affaires familiales du 3 mai 2019 et a décidé que le juge aux affaires familiales était incompétent pour connaître de sa demande, et compte tenu du fait que le délai pour accepter l'offre d'emploi expirait le 3 juillet 2019, combinés avec l'impossibilité pour l'intimée d'obtenir une décision de justice en temps utile en exerçant un recours ou en saisissant une autre juridiction, c'est à juste titre que le président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés s'est déclaré compétent pour connaître de la demande afin d'éviter un déni de justice causant un préjudice irréparable. »

Sur le deuxième moyen de cassation :

Le deuxième moyen est *« tiré de la violation de l'article 932 du Nouveau code de procédure civile,*

En ce que la Cour d'appel, pour retenir l'existence d'une urgence, s'est située au jour où le juge de première instance a statué ;

Alors qu'il résulte de l'article 932 du Nouveau code de procédure civile que l'urgence en matière de référés est à apprécier en fait au moment où le juge statue et non au jour de l'introduction de la demande ;

De sorte que la Cour d'appel aurait dû vérifier l'existence d'une urgence au moment où elle a statué et non au moment où le premier juge a statué ».

En instance d'appel, le demandeur en cassation avait fait plaider :

« L'urgence devant s'apprécier au moment où la Cour statue, elle n'existerait plus actuellement, la date butoir du 3 juillet 2019 étant passée avant que l'ordonnance entreprise, qui ne bénéficiait pas de l'exécution provisoire, n'ait pu produire le moindre effet. »⁵

Or, aux termes de l'article 938, alinéa 3, du Code de procédure civile, applicable à tous les référés sur assignation, *« elle [l'ordonnance de référé] est exécutoire à titre provisoire et sans caution, à moins qu'il en serait fournie une. L'ordonnance est signée sans retard et expédiée sans délai, même avant l'enregistrement. »*

L'arrêt dont pourvoi est motivé comme suit concernant l'urgence:

⁴ À la page 6 des présentes conclusions ; page 5 de l'arrêt attaqué

⁵ Arrêt attaqué, page 3

« Il a notamment été décidé qu'il y a urgence lorsque la lenteur de la justice ne permet pas à une partie d'obtenir en temps utile du juge du fond la mesure sollicitée et que de ce fait les intérêts de cette partie risquent d'être mis en péril (C.A. 2^{ème} chambre, 13.3.1989 Lolly Krancher c/ Sonia Bodson et consorts, no 11106).

En l'espèce l'urgence existait au moment où le juge de première instance a statué. En effet le délai pour accepter l'offre de travail expirait le 3 juillet 2019 et Y n'avait, suite au refus lui opposé par X, pas obtenu de décision judiciaire l'autorisant à déménager avec les enfants communs à Bruxelles, ce malgré le fait qu'elle avait saisi le juge aux affaires familiales d'une demande en ce sens dès le 28 février 2019.

L'autorisation lui accordée en première instance par le juge aux affaires familiales est en effet devenue caduque suite à la décision de la Cour du 26 juin 2019.

Par la suite, l'intimée a saisi de sa demande tant le tribunal d'arrondissement statuant au fond sur le divorce entre parties, que le juge des tutelles. Un revirement de jurisprudence de la Cour d'appel étant intervenu postérieurement à la décision du 26 juin 2019, Y a encore, en date du 23 septembre 2019, introduit une nouvelle requête devant le juge aux affaires familiales.

C'est dès lors à bon droit que le juge des référés s'est déclaré compétent pour connaître de la demande au vu de l'urgence de clarifier au provisoire la situation de l'intimée, en attendant qu'une juridiction se déclare compétente pour connaître de la demande de l'intimée et statuer sur son bien-fondé. »

La Cour d'appel a partant non seulement constaté qu'il y avait urgence lorsque le juge de première instance a statué, mais que, compte tenu du revirement de jurisprudence de la Cour d'appel, il restait urgent *« de clarifier au provisoire la situation de l'intimée, en attendant qu'une juridiction se déclare compétente pour connaître de la demande de l'intimée et statuer sur son bien-fondé. »*

Lorsque la Cour d'appel a statué, aucune juridiction ne s'était encore déclarée compétente pour connaître de la demande de l'intimée et statuer sur son bien-fondé, de sorte que l'urgence perdurait nécessairement.

Sous le couvert de la violation de l'article 932 du Nouveau code de procédure civile, le moyen tente à remettre en discussion l'appréciation de l'urgence par les juges du fond. Or, il s'agit d'une question factuelle relevant de leur appréciation souveraine et échappant au contrôle de votre Cour.

Le deuxième moyen ne saurait être accueilli.

Sur le troisième moyen de cassation :

Le troisième moyen est « tiré de la violation de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme, consacrant la notion de procès équitable ;

En ce que la Cour d'appel a confirmé le premier juge en affirmant qu'il n'y avait pas atteinte au principe du contradictoire, même face à un délai de convocation tellement court que la partie défenderesse se trouvait dans l'impossibilité la plus absolue de préparer sa défense. »

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir confirmé l'ordonnance de première instance qui aurait été en violation du principe du contradictoire.

En première instance, l'assignation a été signifiée à domicile au demandeur en cassation le 28 juin 2019 pour comparaître devant le président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés le lundi 1^{er} juillet 2019 à 9 heures.

L'avocat du demandeur en cassation aurait reçu par télécopieur un projet d'assignation, puis reçu communication d'une farde de 23 pièces l'après-midi 28 juin 2019, puis communication d'une seconde farde de 7 pièces le lundi matin, 1^{er} juillet 2019, peu avant l'audience.

La Cour d'appel a répondu au moyen d'annulation de l'ordonnance dont appel pour violation du principe du contradictoire :

« Il est constant en cause que Y, après avoir obtenu l'autorisation du Président du Tribunal d'arrondissement en date du 28 juin 2019, a assigné X en référé extraordinaire pour l'audience du 1^{er} juillet 2019 et que celui-ci critiquant le délai qui lui a été imparti pour comparaître avait sollicité le report de l'affaire.

C'est cependant par une motivation détaillée et pertinente que le magistrat de première instance, après avoir relevé que l'article 937 du NCPC confie au juge le soin de s'assurer que le délai accordé au défendeur est suffisant pour mettre celui-ci en mesure de comparaître et de consulter un conseil judiciaire afin de préparer utilement sa défense, a retenu qu'il résultait des circonstances de l'espèce que X, même face à un délai de convocation très court, ne justifiait pas d'une atteinte à son droit de défense dès lors qu'il a été assisté de son mandataire qui avait déjà eu l'occasion de développer des moyens rejoignant ceux exposés en référé dans les instances antérieurement introduites devant le juge aux affaires familiales tendant aux mêmes fins.

Il ressort par ailleurs de la lecture de l'ordonnance entreprise que le mandataire de l'appelant a fait valoir de nombreux moyens à l'encontre de la demande, de sorte qu'il n'y pas eu d'atteinte au principe du procès équitable.

Il n'y a dès lors pas lieu de faire droit à la demande en annulation de l'ordonnance entreprise pour violation des droits de la défense. »

La « *motivation détaillée et pertinente* » de l'ordonnance de première instance, à laquelle renvoie l'arrêt dont pourvoi, est la suivante :

« X critique le délai qui lui a été imparti pour comparaître devant le juge des référés, siégeant en audience extraordinaire.

Aux termes de l'article 937 du nouveau code de procédure civile, le juge s'assure qu'il s'est écoulé un temps suffisant entre l'assignation et l'audience pour que la partie assignée ait pu préparer sa défense.

La loi ne prévoit pas de délai minimum et confie au juge le soin de s'assurer que le délai accordé au défendeur est suffisant pour mettre celui-ci en mesure de comparaître, ainsi que de consulter un conseil judiciaire afin de pouvoir préparer utilement sa défense (Cour d'Appel, 23 mai 2012, rôle numéro 38093).

En l'espèce, Y avait dès la nouvelle de l'existence d'une opportunité d'emploi au sein de la Commission européenne, informé la partie défenderesse d'une nécessité de déménager à Bruxelles. Dans la quinzaine du refus de ce dernier avec un quelconque délogement des enfants communs, elle avait saisi le juge aux affaires familiales naturellement compétent pour en connaître, par référence à un arrêt numéro 160/18 de la Cour d'appel du 17 octobre 2018, d'une demande en autorisation de partir. L'arrêt de la Cour d'appel du 26 juin 2019 a été plus qu'inattendu pour Y alors que reposant sur des faits similaires et rendu par une composition de la Cour d'appel proche de celle dont émane l'arrêt du 17 octobre 2018. X n'a d'ailleurs pas contesté la compétence matérielle du juge saisi lui-même, le moyen ayant été soulevée d'office par la Cour d'appel.

La vacance du poste visé par la demanderesse a entretemps fait l'objet d'une lettre d'offre à son attention. Dès le 27 juin 2019, Y a contacté la direction générale ressources humaines de la Commission européenne qui lui a confirmé qu'elle dispose d'un délai de 15 jours pour accepter ou refuser celle-ci. La lettre d'offre lui ayant été envoyée le 18 juin 2019, le délai pour pouvoir l'accepter expire le 3 juillet 2019.

Dès le 27 juin 2019, Y a par conséquent sollicité du Président du tribunal d'arrondissement l'autorisation de pouvoir assigner X pour l'audience de référé extraordinaire du 1^{er} juillet 2019, première et dernière audience utile. L'autorisation lui a été accordée le 28 juin 2019. Le même jour, elle a fait signifier l'assignation à X.

Aucun reproche ne saurait partant lui être fait.

X de son côté est d'ores et déjà assisté par un avocat qui l'a représenté à travers plusieurs instances, dont des instances tendant aux mêmes fins que la présente demande. Son mandataire, présent à l'audience, a développé ses moyens qui rejoignent d'ailleurs largement ceux d'ores et déjà présentés dans le cadre de la précédente demande ayant donné lieu à l'arrêt du 26 juin 2019. Il ne peut de ce fait pas valablement, même face à un délai de convocation très court, faire valoir une atteinte à son droit à la défense dont le respect a été garanti.

Il convient partant de conclure des circonstances de l'espèce ainsi que des développements qui précèdent, que le délai donné à X pour comparaître à l'audience des référés du 1^{er} juillet 2019 à 9.00 heures ne met pas en échec un procès équitable de sorte qu'il n'y a pas lieu de refixer l'affaire pour continuation des débats à une audience ultérieure. »

Les juges du fond ont partant pris soin de vérifier *in concreto* par rapport aux faits de l'espèce et en tenant compte des antécédents procéduraux si le demandeur en cassation pouvait utilement préparer sa défense. S'y ajoute que le demandeur en cassation ne fournit aucune précision sur l'incidence négative que le délai de convocation très court aurait concrètement eu sur ses droits, notamment il n'indique pas la nature des pièces lui communiquées et ne précise pas si elles étaient toutes nouvelles ou si la plupart des pièces étaient déjà connues.

Sous le couvert de la violation de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme, le moyen entend remettre en discussion l'appréciation de la possibilité donnée à l'assigné de pouvoir utilement préparer sa défense. Or, il s'agit là d'une question qui repose sur des considérations factuelles relevant de l'appréciation souveraine des juges du fond.

Le moyen ne saurait être accueilli.

Conclusion

Le pourvoi est recevable, mais non fondé.

Pour le Procureur Général d'Etat,

Le 1^{er} avocat général,

Marie-Jeanne Kappweiler