

JUGE DELEGUÉE DE LA COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 1er février 2013

Présidence de Mme FAVROD, juge déléguée
Greffière : Mme Vuagniaux

* * * * *

Art. 176 al. 3 et 273 al. 1 et 2 CC

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **A.K.**_____, à Founex, intimée et défenderesse au fond, contre l'ordonnance de mesures provisionnelles rendue le 11 décembre 2012 par la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de La Côte dans la cause divisant l'appelante d'avec **B.K.**_____, à Ornex (F), requérant et demandeur au fond, la juge déléguée de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

En fait :

A. Par ordonnance de mesures provisionnelles du 11 décembre 2012 directement motivée, la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de La Côte a notamment dit qu'à partir du mois de janvier 2013, B.K._____ bénéficiera sur les enfants C.K._____, D.K._____ et E.K._____ du droit de visite suivant : une semaine sur deux du jeudi après-midi après l'école au lundi matin, l'autre semaine du mercredi soir 18h00 au vendredi matin, ainsi que durant la moitié des vacances scolaires et jours fériés (III).

En droit, le premier juge a retenu qu'il était dans l'intérêt des enfants que leur père continue d'exercer le droit de visite convenu depuis la séparation d'avec son épouse le 1^{er} novembre 2011 et qu'il ne ressortait d'aucune des pièces du dossier que les enfants étaient en mauvaise santé ou surmenés en raison des horaires convenus.

B. Par acte du 21 décembre 2012, A.K._____ a fait appel de cette ordonnance en concluant à la réforme du chiffre III de son dispositif en ce sens qu'à partir du mois de janvier 2013, B.K._____ bénéficiera sur les enfants C.K._____, D.K._____ et E.K._____ du droit de visite suivant : une semaine sur deux, du jeudi après-midi après l'école au lundi matin à la rentrée des classes, à charge pour lui d'aller chercher les enfants à l'école et de les y ramener le lundi matin, ainsi que durant les fêtes (alternativement) et durant la moitié des vacances scolaires, à charge pour lui d'aller les chercher là où ils se trouvent et de les ramener au domicile maternel, selon un calendrier à fixer par l'autorité de céans. A.K._____ a également conclu à la mise en œuvre du Service de protection de la jeunesse (ci-après : SPJ), alternativement d'un pédopsychiatre à désigner, avec pour mission d'établir un rapport d'évaluation des aptitudes parentales des parties et d'examiner les modalités passées et actuelles de l'exercice du droit de visite par l'intimé sur les trois enfants, aux fins de formuler des propositions pour l'avenir à

la lumière du bien-être des enfants, étant précisé que le droit de visite de l'intimé pourra être réexaminé après le dépôt dudit rapport.

C. La juge déléguée retient les faits suivants, sur la base de l'ordonnance complétée par les pièces du dossier :

1. A.K._____, née le [...] 1976, et B.K._____, né le [...] 1975, se sont mariés le [...] 2001. Trois enfants sont issus de cette union : C.K._____, D.K._____ et E.K._____, nés respectivement en 2004, 2005 et 2007.

2. Les parties vivent séparées depuis que le requérant a quitté le domicile conjugal le 1^{er} novembre 2011. Dans un premier temps, les époux ont réglé leur séparation à l'amiable, en instaurant notamment un système de garde sur les enfants et en fixant une contribution d'entretien pour la famille.

3. Par demande unilatérale du 3 septembre 2012, B.K._____ a conclu notamment au divorce.

4. Par requête de mesures provisionnelles du 3 septembre 2012, B.K._____ a conclu, entre autres, à un droit de visite étendu sur les trois enfants qui s'exercera conformément à l'intérêt de ceux-ci et à la mise en œuvre par les parties depuis la suspension de la vie commune, soit une semaine sur deux du jeudi après-midi après l'école au lundi matin et l'autre semaine du mercredi soir 18h00 au vendredi matin, ainsi que durant la moitié des vacances scolaires.

Dans ses déterminations du 18 octobre 2012, A.K._____ a notamment conclu à un droit de visite de son époux sur les trois enfants une semaine sur deux, du jeudi après-midi après l'école au lundi matin à la rentrée des classes, à charge pour lui d'aller les chercher à l'école et de les y ramener le lundi matin, ainsi que durant les fêtes (alternativement) et durant la moitié des vacances scolaires, selon un calendrier à fixer par l'autorité de céans.

5. Lors de l'audience de conciliation et de mesures provisionnelles du 23 octobre 2012, A.K._____ a adhéré au principe du divorce. Les époux ont convenu d'une contribution d'entretien mensuelle de 1'800 fr., allocations familiales en plus, et ont renvoyé cette question à une décision ultérieure. Ils ont chacun déposé sur le siège une requête de mesures superprovisionnelles sur la garde des enfants et le droit de visite, en reprenant les conclusions de leurs requête et déterminations respectives.

6. Par ordonnance de mesures superprovisionnelles du 25 octobre 2012, la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de La Côte a notamment confié la garde des trois enfants à leur mère (I) et dit que B.K._____ bénéficiera sur ses enfants du droit de visite suivant, à charge pour lui d'aller les chercher là où ils se trouvent et de les y ramener : une semaine sur deux du jeudi après-midi après l'école au lundi matin et l'autre semaine du mercredi soir 18h00 au vendredi matin, ainsi que durant la moitié des vacances scolaires (...) (II).

7. Par lettre du 19 décembre 2012, le conseil de l'appelante a informé le conseil de l'intimé de comportements inappropriés et de gestes ambigus que B.K._____ aurait eu à l'égard de son épouse en présence des enfants et que de tels agissements ne seraient plus tolérés dans le futur.

En droit :

1. L'appel est recevable contre les ordonnances de mesures provisionnelles (art. 308 al. 2 CPC [Code de procédure civile du 19 décembre 2010; RS 272]), dans les causes non patrimoniales et patrimoniales dont les conclusions, dans leur dernier état devant le tribunal de première instance, portent sur un montant supérieur à 10'000 fr. (art. 308 al. 1 let. b et al. 2 CPC). Les ordonnances de mesures provisionnelles étant régies par la procédure sommaire, selon l'art. 248

let. d CPC, le délai pour l'introduction de l'appel est de dix jours (art. 314 al. 1 CPC).

En l'espèce, l'appel est ouvert dans la mesure où sont litigieux le droit de visite de l'intimé et la mise en œuvre d'une expertise par le SPJ. En outre, formé en temps utile par une partie qui y a intérêt (art. 59 al. 2 let. a CPC), l'appel est recevable à la forme.

2. a) L'appel peut être formé pour violation du droit ou pour constatation inexacte des faits (art. 310 CPC). L'autorité d'appel peut revoir l'ensemble du droit applicable, y compris les questions d'opportunité ou d'appréciation laissées par la loi à la décision du juge, et doit le cas échéant appliquer le droit d'office conformément au principe général de l'art. 57 CPC. Elle peut revoir librement l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance. Le large pouvoir d'examen en fait et en droit ainsi défini s'applique même si la décision attaquée est de nature provisionnelle (JT 2011 III 43 et les réf. citées).

Pour les questions relatives aux enfants, la maxime d'office s'applique à l'objet du procès et la maxime inquisitoire à l'établissement des faits. Ainsi, le juge n'est pas lié par les conclusions des parties. Il peut attribuer non seulement moins que ce qui est requis dans les conclusions, mais aussi autre chose, voire statuer en l'absence de conclusions. Il doit en outre établir les faits, en ordonnant d'office l'administration des moyens de preuves nécessaires; les parties doivent toutefois collaborer à la procédure probatoire en lui soumettant les faits déterminants et leurs offres de preuves (TF 5A_361/2011 du 7 décembre 2011 c. 5.3.1).

b) Les faits et moyens de preuve nouveaux ne sont pris en compte que s'ils sont invoqués ou produits sans retard et ne pouvaient être invoqués ou produits devant la première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise (art. 317 al. 1 CPC), ces deux conditions étant cumulatives. Il appartient à l'appelant de démontrer que ces deux conditions sont réalisées, de sorte que l'appel

doit indiquer spécialement de tels faits et preuves nouveaux et motiver spécialement les raisons qui les rendent admissibles selon lui (JT 2011 III 43 et les réf. citées). La jurisprudence de la Cour de céans considère que ces exigences s'appliquent aux litiges soumis à la maxime inquisitoire, hormis dans les causes régies par la maxime d'office, par exemple sur la situation des enfants mineurs en droit matrimonial, à tout le moins lorsque le juge de première instance a violé la maxime inquisitoire illimitée (ibid.).

c) En l'espèce, dès lors qu'elle porte sur la situation d'enfants mineurs, la présente cause est soumise aux maximes inquisitoire illimitée et d'office. La pièce produite par l'appelante (lettre du 19 décembre 2012, cf. supra, let. C, ch. 7), d'ailleurs postérieure à l'ordonnance attaquée, est par conséquent recevable.

3. L'appelante reproche au premier juge de n'avoir procédé à aucune mesure d'investigation quant à l'état de santé réel des trois enfants. Elle affirme qu'elle a accepté, à titre d'essai lors de la séparation, un droit de visite confinant à une garde alternée et que les enfants, même s'ils apprécient beaucoup leur père, vivent mal cette situation qui fait d'eux des « petits nomades surmenés ». Elle considère qu'en l'absence d'un rapport pédopsychiatrique ou d'une enquête du SPJ, le premier juge ne pouvait pas affirmer qu'aucun élément déterminant ne commandait l'abandon du droit de visite « extrêmement étendu » accordé à l'intimé.

4. **a)** En première instance, l'appelante a soutenu que le système actuel de garde n'offrait pas une stabilité suffisante aux enfants, sa fille cadette lui demandant par exemple « où on dort ce soir ». Elle a fait valoir un état de fatigue et de désorientation des enfants et s'est opposée au droit de visite du mercredi soir au vendredi matin au motif que le mercredi était une journée particulièrement chargée et que les enfants avaient besoin de se reposer plutôt que de se rendre chez leur père en début de soirée. Elle a en outre mentionné que l'intimé intervenait régulièrement, en particulier lorsque les enfants étaient sous sa garde, en se rendant à leurs activités extrascolaires, créant ainsi une confusion dans leur esprit.

Pour sa part, l'intimé a déclaré n'avoir rien remarqué de particulier en ce qui concernait un état de fatigue et de désorientation des enfants. Il a relevé que leurs résultats scolaires n'avaient pas chuté, ce qui était un bon signe à son avis, et que s'il y avait confusion chez eux, son origine était plutôt à chercher dans les modifications du planning régulièrement sollicitées par son épouse. Il a affirmé que le problème du manque de temps des enfants se posait également lorsque ceux-ci étaient chez lui.

Le premier juge a constaté que les enfants avaient plusieurs activités extrascolaires, ce qui rallongeait inévitablement leurs journées. Force est d'admettre avec lui que la pratique d'activités extrascolaires ne saurait prévaloir sur la conservation des liens affectifs des enfants avec leur père et que le manque de temps et la fatigue allégués résultent bien plutôt de leur planning chargé que de leur déplacement au domicile de l'intimé le mercredi en fin de journée. En outre, l'appelante reste vague et imprécise dans ses affirmations sur l'état de fatigue invoqué. Elle n'apporte aucune preuve que cet état aurait des incidences néfastes et notables sur les résultats scolaires, les activités ou la santé des enfants. La mise en œuvre d'une évaluation par le SPJ a seulement été évoquée lors de l'audience du 23 octobre 2012 et elle n'a fait l'objet d'aucune conclusion et d'aucun allégué de la part de l'appelante en première instance. Enfin, s'agissant de la fille cadette qui demande où elle va dormir le soir et que l'appelante considère comme un état de désorientation, il faut aussi convenir avec le premier juge qu'une telle question d'un enfant de cinq ans, qui n'a pas encore complètement la notion du temps, ne constitue pas un indice suffisant d'un quelconque trouble dans sa santé. De toute manière, même si la fatigue des enfants était établie, cela ne voudrait pas dire pour autant que le premier juge aurait dû instruire plus avant cette question et ordonner des mesures d'instructions complémentaires, sachant que l'appelante admet elle-même que la journée du mercredi est particulièrement chargée, notamment par la pratique d'activités extrascolaires.

L'appelante dénonce au surplus le comportement intrusif et inadéquat de l'intimé qui se serait permis des gestes ambigus en présence des enfants. Même si les faits qu'elle décrit, pour autant qu'ils soient établis, ne sauraient être tolérés et qu'ils sont de nature à déstabiliser les enfants, il n'est pas prouvé que ce comportement les a considérablement perturbés.

Il n'existe donc en l'état aucun indice concret d'une mise en danger du bien des enfants par le large droit de visite de l'intimé tel qu'il a été convenu à titre d'essai lorsque les époux se sont séparés en novembre 2011. Il ne saurait être question d'un postulat de principe selon lequel un large droit de visite, proche d'une garde alternée, est par définition préjudiciable aux enfants.

b) Bien que l'audition des enfants selon l'art. 144 al. 2 CC (Code civil suisse du 10 décembre 1907; RS 210) ne s'impose pas seulement dans les procédures de divorce, mais également en matière de mesures provisionnelles (TF 5A_160/2011 du 29 mars 2011 c. 5.2.1, FamPra.ch 2011 no 46 p. 740), il est indéniable qu'elle serait prématurée dans le cas d'espèce, voire préjudiciable, au vu du jeune âge des enfants et de l'avancement de la procédure de divorce. On ne voit pas quel témoin aurait pu être entendu à cet égard, l'appelante n'en sollicitant d'ailleurs pas.

c) S'agissant de la mise en oeuvre d'une évaluation par le SPJ ou par un pédopsychiatre, on rappellera que le juge doit ordonner une expertise lorsque cette mesure apparaît le seul moyen de preuve idoine, en particulier lorsqu'il ne dispose pas de connaissances personnelles suffisantes pour se prononcer sur le bien de l'enfant; il jouit à cet égard d'un large pouvoir d'appréciation (TF 5A_146/2011 du 7 juin 2011 c. 4.2.1; TF 5A_798/2009 du 4 mars 2010 c. 3.1 et les réf. citées, publié in ATF 136 I 178; TF 5A_905/2011 du 28 mars 2012 c. 2.5, in FamPra.ch 2012 p. 1123). Dans le cas particulier, outre le fait qu'aucun des parents n'a fait état de comportements inquiétants ou déviants des enfants ou de problèmes scolaires, il n'y a à l'évidence aucun soupçon sérieux de menace du bien

des enfants. Une intervention du SPJ ou d'un pédopsychiatre ne se justifiait donc pas.

d) Vu ce qui précède, l'examen du bien des enfants n'imposait aucune mesure d'instruction supplémentaire. Le premier juge disposait de tous les éléments nécessaires pour statuer, de sorte qu'il n'a nullement violé la maxime inquisitoire en n'instruisant pas plus avant le dossier.

5. a) Reste à examiner les modalités du droit de visite de l'intimé.

b) Aux termes de l'art. 176 al. 3 CC, lorsqu'il y a des enfants mineurs, le juge ordonne les mesures nécessaires, d'après les dispositions sur les effets de la filiation. L'art. 273 al. 1 CC prévoit en particulier que le père ou la mère qui ne détient pas l'autorité parentale ou la garde ainsi que l'enfant mineur ont réciproquement le droit d'entretenir les relations personnelles indiquées par les circonstances. Ce droit peut cependant être limité pour de justes motifs, notamment lorsque le développement corporel, psychique ou moral de l'enfant est compromis, même momentanément, par le comportement du parent avec lequel il est en communauté (art. 274 al. 2 CC; Chaix, Commentaire romand, Code civil I, Bâle 2010, n. 20 ad art. 176 CC, p. 1240; TF 5A_826/2009 du 22 mars 2010 c. 2.1). Pour prendre une telle décision, le juge des mesures protectrices dispose d'un large pouvoir d'appréciation au sens de l'art. 4 CC et fait application du principe de proportionnalité (Chaix, op. cit., n. 1 et 20, p. 1234, respectivement p. 1240). En matière de mesures protectrices de l'union conjugale, le juge n'examine la cause que de manière sommaire et se contente de la vraisemblance de la preuve des faits (TF 5A_860/2009 du 26 mars 2010 c. 1.3). Il suffit donc que les faits soient rendus plausibles (TF 5A_340/2008 du 12 août 2008 c. 3.1).

Autrefois considéré comme un droit naturel des parents, le droit aux relations personnelles est désormais conçu à la fois comme un droit et un devoir de ceux-ci (art. 273 al. 2 CC); il est cependant également considéré comme un droit de la personnalité de l'enfant qui

doit servir en premier lieu l'intérêt de celui-ci (TF 5A_716/2010 du 23 février 2011 c. 4 et les réf., FamPra.ch 2011 p. 491; ATF 131 III 209 c. 5; 123 III 445 c. 3b).

Le droit aux relations personnelles vise à sauvegarder le lien existant entre parents et enfants (Hegnauer, Droit suisse de la filiation, n. 19.20, p. 116). Le Tribunal fédéral relève à cet égard qu'il est unanimement reconnu que le rapport de l'enfant avec ses deux parents est essentiel et qu'il peut jouer un rôle décisif dans le processus de recherche d'identité de l'enfant (ATF 127 III 295 c. 4a; ATF 123 III 445 c. 3c, JT 1998 I 354). Le maintien et le développement de ce lien étant évidemment bénéfique pour l'enfant, les relations personnelles doivent donc être privilégiées, sauf si le bien de l'enfant est mis en danger.

L'importance et le mode d'exercice des relations personnelles doivent être appropriés à la situation, autrement dit tenir équitablement compte des circonstances particulières du cas. Le bien de l'enfant est le facteur d'appréciation le plus important (ATF 127 III 295 c. 4a) et les éventuels intérêts des parents sont à cet égard d'importance secondaire (ATF 130 I 585). On tiendra compte notamment de l'âge de l'enfant (préscolarité ou adolescence par exemple), de son état de santé, de ses loisirs, etc. La notion que l'enfant a du temps, selon son âge, est également importante; de fréquentes rencontres de quelques heures peuvent ainsi être plus appropriées pour des enfants en bas âge que des week-ends entiers (Leuba, Commentaire romand, Code civil I, Bâle 2010, cn. 14 ad art. 273 CC).

Les conflits entre les parents ne constituent pas un motif de restreindre le droit de visite. Une telle limitation n'est justifiée que s'il y a lieu d'admettre, au regard des circonstances, que l'octroi d'un droit de visite usuel compromet le bien de l'enfant (ATF 131 III 209 c. 5). Les conflits usuels entre parents ne permettent pas de restreindre sévèrement le droit aux relations personnelles pour une durée indéterminée, alors que la relation parent-enfant est bonne. Il s'agit en effet d'éviter qu'un parent

puisse de cette manière-là avoir une influence sur la fixation du droit aux relations personnelles de l'autre (Leuba, op. cit., n. 15 ad art. 273 CC).

c) En l'espèce, les modalités du droit de visite de l'intimé ont été définies, hors procédure judiciaire, au moment où les parties se sont séparées le 1^{er} novembre 2011. L'appelante s'est déterminée sur la requête de mesures provisionnelles le 18 octobre 2012 en demandant une diminution du droit de visite de l'intimé et elle a déclaré au cours de l'audience de mesures provisionnelles du 23 octobre 2012 avoir de sérieux doutes sur la santé mentale de celui-ci, alors que le droit de visite était exercé depuis presque une année selon la cadence convenue entre les parties. On comprend dès lors mal comment l'appelante a pu laisser les enfants à l'intimé pendant une si longue période sans réagir si elle estimait qu'une réduction de son droit de visite s'imposait et attendre jusqu'au dépôt de ses déterminations sur la requête de mesures provisionnelles pour ce faire. Aucune circonstance nouvelle n'impose de modifier un droit de visite qui s'exerce depuis plus d'un an.

On notera aussi que les deux parties habitent près de l'école de leurs enfants, soit 15 km pour l'appelante et 3 km pour l'intimé. On ne saurait donc retenir que les enfants sont soumis à de longs trajets en voiture et que séjourner plus longtemps chez leur mère plutôt que chez leur père leur permettrait de se reposer. Les qualifier de « petits nomades surmenés » est à l'évidence excessif. De surcroît, on constate que les enfants disposent d'un confort certain et de suffisamment d'espace chez chacun de leur parent : l'appelante habite une villa mitoyenne de sept chambres et l'intimé une villa individuelle de sept pièces avec piscine.

Le droit de visite actuel de l'intimé contraint effectivement les parents à avoir des contacts réguliers en dépit de leur relation conflictuelle, ceux-ci semblant par ailleurs disposer de ressources personnelles suffisantes pour résoudre leurs difficultés relationnelles. Il doit néanmoins être confirmé dès lors qu'il apparaît en tous points conforme aux intérêts des enfants.

6. Il s'ensuit que l'appel doit être rejeté dans la procédure de l'art. 312 al. 1 CPC et l'ordonnance entreprise confirmée.

Les frais judiciaires de deuxième instance sont arrêtés à 600 fr. (art. 65 al. 2 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010; RSV 270.11.5]) et mis à la charge de l'appelante, qui succombe (art. 106 al. 1 CPC).

N'ayant pas été invité à se déterminer, l'intimé n'a pas droit à des dépens.

Par ces motifs,
la juge déléguée de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal,
statuant à huis clos,
en application de l'art. 312 al. 1 CPC,
p r o n o n c e :

- I.** L'appel est rejeté.
- II.** L'ordonnance est confirmée.
- III.** Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (six cents francs), sont mis à la charge de l'appelante A.K._____.
- IV.** L'arrêt motivé est exécutoire.

La juge déléguée :

La greffière :

Du 4 février 2013

Le dispositif de l'arrêt qui précède est communiqué par écrit aux intéressés.

La greffière :

Du

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié en expédition complète, par l'envoi de photocopies, à :

- Me Inès Feldmann (pour A.K. _____)
- Me Laurent Winkelmann (pour B.K. _____)

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral au sens des art. 72 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral - RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Dans les affaires pécuniaires, le recours en matière civile n'est recevable que si la valeur litigieuse s'élève au moins à 15'000 fr. en matière de droit du travail et de droit du bail à loyer, à 30'000 fr. dans les autres cas, à moins que la contestation ne soulève une question juridique de principe (art. 74 LTF). Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

Cet arrêt est communiqué, par l'envoi de photocopies, à :

- Mme la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de La Côte

La greffière :