

JUGE DELEGUÉ DE LA COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 25 novembre 2011

Présidence de M. WINZAP, juge délégué
Greffier : M. Corpataux

Art. 176 al. 3 CC

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **A.B.**_____, à Lausanne, requérant, contre le prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale rendu le 22 septembre 2011 par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne dans la cause divisant l'appelant d'avec **B.B.**_____, à Lausanne, intimée, le juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

En fait :

A. Par prononcé du 22 septembre 2011, communiqué aux parties le même jour, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne a confié la garde des enfants D. _____ et E. _____ à l'intimée B.B. _____ (I), dit que le requérant A.B. _____ bénéficiera à l'égard de ses enfants d'un libre et large droit de visite, à exercer d'entente avec la mère et que, à défaut d'entente, il aura ses enfants auprès de lui un week-end sur deux, du vendredi à 18 heures au dimanche à 18 heures, ainsi que durant la moitié des vacances scolaires et jours fériés, à charge pour lui d'aller chercher les enfants là où ils se trouvent et de les y ramener (II), dit que le requérant contribuera à l'entretien de sa famille par le versement d'une pension mensuelle de 2'550 fr., allocations familiales en sus, payable par mois d'avance, en mains de l'intimée, dès et y compris le 1^{er} octobre 2011 (III), confirmé l'avis au débiteur ordonné dans le prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale du 11 février 2011 (IV), rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (V) et déclaré le prononcé, rendu sans frais ni dépens, immédiatement exécutoire (VI).

En droit, s'agissant de la garde sur les enfants D. _____ et E. _____, seule question encore litigieuse en appel, le premier juge a considéré que la garde alternée n'entraîne pas en ligne de compte faute d'entente entre les parents à ce sujet, et qu'il fallait par conséquent attribuer la garde à l'un des parents, en l'occurrence la mère avec qui les enfants avaient toujours vécu.

B. Par mémoire reçu au Greffe du Tribunal cantonal le 3 octobre 2011, A.B. _____ a fait appel de ce prononcé, concluant à sa réforme en ce sens qu'une garde alternée sur les enfants D. _____ et E. _____ est ordonnée et, subsidiairement, que la garde lui est attribuée.

L'intimée n'a pas été invitée à se déterminer.

C. Le juge délégué retient les faits suivants, sur la base du prononcé complété par les pièces du dossier :

a) A.B._____, né le [...] novembre 1966, et B.B._____, née le [...] septembre 1969, se sont mariés le [...] décembre 1994 en Colombie.

Trois enfants sont issus de cette union : C._____, né le [...] novembre 1990, D._____, né le [...] février 2004, et E._____, née le [...] février 2007.

b) Les parties connaissent des difficultés conjugales récurrentes, qui les ont amenées à saisir à plusieurs reprises les autorités judiciaires.

aa) Par requête du 20 novembre 2009 adressée au Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne (ci-après : le premier juge), B.B._____ a sollicité des mesures protectrices de l'union conjugale. A la suite d'une audience tenue le 26 janvier 2010, à laquelle seule la requérante s'était présentée, le premier juge a, par prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale du 3 février 2010, autorisé les époux à vivre séparés jusqu'au 31 janvier 2011, confié la garde des enfants à la mère, sous réserve du droit de visite du père, attribué la jouissance de l'appartement conjugal à la requérante, à charge pour elle de s'acquitter du loyer et des charges, astreint l'intimé à quitter cet appartement d'ici au 28 février 2010 au plus tard et astreint celui-ci à contribuer à l'entretien des siens par le versement d'une pension mensuelle de 5'920 fr., allocations familiales non comprises.

Par convention passée lors de l'audience d'appel sur mesures protectrices de l'union conjugale du 22 mars 2010, les parties sont notamment convenues de ce qui suit :

« I. La garde sur les enfants D._____, né le [...] février 2004, et E._____, née le [...] février 2007, est confiée de manière alternée à leurs deux parents de la manière suivante :

a) Tant que A.B._____ n'a pas son propre appartement :

- un week-end sur deux, du vendredi à 18 heures au dimanche à 18 heures,
- D._____, du mardi après l'école au mercredi matin à l'école,
- D._____ et E._____ du jeudi 17 heures au vendredi matin à l'école ou à la garderie.

b) Dès que A.B._____ a son appartement, il peut avoir ses enfants de la manière suivante:

- D._____ : les deux premières semaines du mois, dès le dimanche 18 heures, le week-end intermédiaire étant passé chez sa mère, du vendredi 18 heures au dimanche 18 heures,
- E._____ : la deuxième semaine du mois, du dimanche 18 heures au dimanche suivant 18 heures,
- le week-end intermédiaire, du vendredi 18 heures au dimanche 18 heures, lors des deux semaines de garde d'B.B._____.

Pour le surplus, les parties se partageront les vacances scolaires des enfants en équivalence.

II. A.B._____ contribuera à l'entretien des siens par le régulier versement, le premier de chaque mois, dès le 1^{er} avril 2010, en mains d'B.B._____, de la somme de fr. 5'250.- (...). Il versera en sus de cette contribution le soixante pour cent des allocations familiales perçues, soit à l'heure actuelle fr. 550.- (...). Il prendra en outre à sa charge tous les frais du fils aîné des parties, C._____, en particulier ses leçons de piano.

III. (...). »

bb) A.B._____ n'exerçant pas son droit de visite depuis le mois d'août 2010 et ne payant pas la pension conformément à la convention susmentionnée, B.B._____ a saisi à nouveau le premier juge par écriture du 25 novembre 2010. Ce dernier a vainement tenté la

conciliation lors de l'audience du 12 janvier 2011. Lors de celle-ci, la requérante a conclu à l'attribution de la garde exclusive des enfants, ainsi qu'à la fixation d'une pension alimentaire à charge de l'intimé. Pour sa part, ce dernier a conclu à l'attribution d'une garde alternée, soit deux semaines d'affilée, avec une période transitoire d'une semaine pour l'adaptation des enfants, en précisant qu'il voulait qu'un des enfants ait sa résidence à son domicile. Un différend existait également au sujet du montant de la pension alimentaire à charge de l'intimé. Postérieurement à l'audience, la requérante a encore requis que l'intimé vienne chercher les enfants à son domicile lors de l'exercice de son droit de visite et qu'elle-même aille les rechercher chez lui ensuite. Elle a en outre sollicité un avis au débiteur en raison des difficultés qu'elle avait rencontrées par le passé à obtenir le versement de la pension alimentaire due. Quant à l'intimé, il a précisé qu'il souhaitait qu'un des deux enfants soit enregistré comme résidant chez lui par période de deux ans.

Par prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale du 11 février 2011, le premier juge a en substance confirmé que les époux vivaient séparés pour une durée indéterminée, confié la garde des enfants mineurs D._____ et E._____ à leur mère, accordé un droit de visite usuel à leur père, astreint celui-ci à contribuer à l'entretien de sa famille par le régulier versement d'une pension mensuelle de 2'550 fr., allocations familiales en sus, payable d'avance le premier de chaque mois en mains de la requérante, dès et y compris le 1^{er} mars 2011, ordonné à tout employeur de A.B._____ de retenir chaque mois sur le salaire de ce dernier le montant de 2'550 fr., allocations familiales en sus, et de le verser directement à B.B._____, sur son compte bancaire, et rejeté toutes autres ou plus amples conclusions.

Par arrêt du 23 mars 2011 (CACI 23 mars 2011/20), le Juge délégué de la Cour d'appel civile a rejeté les appels formés par A.B._____, qui concluait notamment à ce que la garde sur les enfants mineurs lui soit confiée, sans s'opposer au principe d'une garde alternée, et par B.B._____, qui exposait les difficultés rencontrées par le père des

enfants lors de l'exercice du droit de visite et faisait valoir des problèmes financiers.

cc) Par requête du 4 août 2011, A.B._____ a saisi le premier juge, concluant à ce qu'une garde partagée sur D._____ et E._____ soit attribuée aux deux parents, subsidiairement à ce que la garde lui soit confiée et qu'un droit de visite à hauteur de 50 % soit accordé à B.B._____. Le requérant a sollicité par ailleurs du premier juge qu'il conseille une médiation entre les parties.

L'audience de mesures protectrices de l'union conjugale a eu lieu le 7 septembre 2011. L'intimée a conclu au rejet des conclusions du requérant et s'en est remise à justice s'agissant de la médiation. Reconventionnellement, elle a conclu à ce que le premier juge fixe une pension, avec avis au débiteur. Le requérant s'en est remis à justice quant aux conclusions reconventionnelles de l'intimée.

Le 22 septembre 2011, le prononcé querellé a été rendu.

c) La situation financière des parties se présente comme il suit :

aa) A.B._____, ingénieur en informatique, travaillait à 80 % au Service des finances de l'Etat de Vaud et percevait à ce titre un salaire mensuel net de 6'493 fr. 40, versé treize fois l'an. Il a allégué toutefois lors de l'audience du 7 septembre 2011 avoir réduit son taux d'activité à 60 % à compter du 1^{er} août 2011.

Les charges mensuelles incompressibles de A.B._____ consistent en un loyer de 1'380 fr., une prime d'assurance-maladie pour lui et son fils majeur C._____ de 557 fr., des frais de transport par 60 fr. et des frais d'exercice du droit de visite par 150 francs. Le montant de base de son minimum vital doit être fixé à 1'200 fr. et celui de son fils majeur à 600 francs.

bb) B.B._____ dispose d'un diplôme colombien dans le domaine éducatif et social, mais celui-ci n'est pas reconnu en Suisse. Elle a été engagée en qualité d'éducatrice auxiliaire pour quatre mois à partir du 31 janvier 2011. Elle émarge actuellement à l'assurance-chômage et perçoit à ce titre des indemnités de 1'653 fr. 90 par mois.

Ses charges essentielles sont son loyer de 1'142 fr., la prime d'assurance-maladie pour elle et ses enfants mineurs par 600 fr., des frais de garderie par 800 fr. et des frais de transport de 60 francs. Le montant de base de son minimum vital se monte à 1'350 fr. et celui de chacun des enfants mineurs à 400 francs.

En droit :

1. a) Le prononcé attaqué a été rendu le 22 septembre 2011, de sorte que les voies de droit sont régies par le CPC (Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008, RS 272), entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011 (art. 405 al. 1 CPC ; ATF 137 III 127 ; ATF 137 III 130 ; Tappy, in CPC commenté, Bâle 2011, nn. 6 ss ad art. 405 CPC).

b) L'appel est recevable contre les prononcés de mesures protectrices de l'union conjugale, lesquels doivent être considérés comme des décisions provisionnelles au sens de l'art. 308 al. 1 let. b CPC (Tappy, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, in JT 2010 III 115, spéc. p. 121), dans les causes exclusivement patrimoniales pour autant toutefois que la valeur litigieuse au dernier état des conclusions devant l'autorité précédente soit de 10'000 fr. au moins. En présence d'un prononcé cumulant des conclusions non patrimoniales et des conclusions patrimoniales inférieures à 10'000 fr., l'appel est recevable pour le tout, pour autant que les conclusions non patrimoniales restent litigieuses et ne paraissent pas secondaires (Tappy, op. cit., p. 126). Les prononcés de mesures protectrices étant régis par la procédure sommaire, selon l'art. 271 CPC, le délai pour l'introduction de l'appel est de dix jours (art. 314 al.

1 CPC). L'appel est de la compétence du juge unique (art. 84 al. 2 LOJV [Loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979, RSV 173.01]).

Formé en temps utile par une partie qui y a intérêt et portant sur des conclusions non patrimoniales qui ne sont pas nouvelles, à savoir l'attribution de la garde des enfants D._____ et E._____, le présent appel est recevable à la forme.

2. 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 c. 2 et les réf. citées).

3. a) L'appelant fait valoir ses qualités de père et soutient qu'il est dans l'intérêt de ses enfants que celles-ci soient reconnues par la justice. Il prétend en substance que le droit de visite, même élargi tel que l'a prévu le premier juge, nuirait au développement harmonieux des enfants des points de vue affectif, psychique, moral et intellectuel, ceux-là ne pouvant améliorer les relations entretenues avec leur père. Il conclut ainsi à la mise sur pied d'une garde alternée durant la litispendance, subsidiairement à l'attribution de la garde en sa faveur.

b) aa) En vertu de l'art. 176 al. 3 CC (Code civil suisse du 10 décembre 1907; RS 210), relatif à l'organisation de la vie séparée, lorsque les époux ont des enfants mineurs, le juge des mesures protectrices ordonne les mesures nécessaires d'après les dispositions sur les effets de la filiation (cf. art. 273 ss CC). Il peut notamment confier l'autorité

parentale à un seul des parents (art. 297 al. 2 CC) ou, à plus forte raison, lui attribuer la garde des enfants. Les principes posés par la jurisprudence et la doctrine en matière de divorce sont applicables par analogie (Chaix, Commentaire Romand, n. 19 ad art. 176 CC ; Bräm, Commentaire zurichois, n. 89 et 101 ad art. 176 CC cité in TF 5A_693/2007 du 18 février 2008). La règle fondamentale en ce domaine est l'intérêt de l'enfant, celui des parents étant relégué à l'arrière-plan.

Au nombre des critères essentiels, entrent en ligne de compte les relations personnelles entre parents et enfant, les capacités éducatives respectives des parents, leur aptitude à prendre soin personnellement de l'enfant et à s'en occuper ainsi qu'à favoriser les contacts avec l'autre parent, de même que, le cas échéant, les rapports qu'entretiennent plusieurs enfants entre eux. Il convient de choisir la solution qui, au regard des données de l'espèce, est la mieux à même d'assurer à l'enfant la stabilité des relations nécessaires à un développement harmonieux des points de vue affectif, psychique, moral et intellectuel. Ainsi, l'intérêt de l'enfant prime dans le choix de son attribution à l'un des deux parents. Si le juge ne peut se contenter d'attribuer l'enfant au parent qui en a eu la garde pendant la procédure, ce critère jouit d'un poids particulier lorsque les capacités d'éducation et de soin des parents sont similaires (ATF 117 II 353 c. 3 ; ATF 115 II 206 c. 4a ; ATF 115 II 317 c. 2 ; ATF 114 II 200 c. 5 ; ATF 112 II 381 c. 3 ; cf. aussi FamPra.ch 4/2008, n. 104, p. 98 ; TF 5A_181/2008 du 25 avril 2008 ; FamPra.ch 1/2006, n. 20, p. 193 ; TF 5C.238/2005 du 2 novembre 2005).

La garde alternée suppose une volonté conjointe des parents impliquant leur accord sur le principe et les modalités de la garde. En outre, cette garde doit être compatible avec le bien des enfants (sur ce point notamment Berger, in JT 2002 I 150 ; TF 5P.345/2005 du 23 décembre 2005 c. 3.3 ; Chaix, op. cit., n. 19 ad art. 176 CC).

bb) Selon la jurisprudence antérieure au CPC, une modification des mesures provisionnelles en matière matrimoniale, respectivement des mesures protectrices de l'union conjugale, peut être demandée en tout temps si, depuis l'entrée en vigueur de celles-ci, les circonstances de fait

ont changé d'une manière essentielle et durable ou si le juge, lorsqu'il a ordonné les mesures dont la modification est sollicitée, a ignoré des éléments essentiels ou a mal apprécié les circonstances (TF 5A_502/2010 du 25 juillet 2011 c. 3.2.2, in FamPra.ch 2011, n. 67, p. 996 ; TF 5P.114/2006 du 12 mars 2007 c. 2). Cette jurisprudence conserve sa portée sous l'égide du CPC (cf. Kobel, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zurich Bâle Genève 2010, nn. 34 et 35 ad art. 276 CPC).

c) Dans son arrêt rendu le 23 mars 2011, le Juge délégué de la Cour d'appel civile a motivé sa position sur la question de la garde des enfants D. _____ et E. _____ comme il suit :

« En l'espèce, la garde alternée fut la première solution envisagée par le couple, pour autant que l'appelant trouve un appartement pour accueillir ses enfants, conformément à la convention de mesures protectrices d'union conjugale passée le 22 mars 2010.

Toutefois, cette garde n'ayant jamais fonctionné et, depuis les vacances d'août 2010, l'appelant n'ayant plus du tout exercé un quelconque droit de visite, l'intimée s'y est opposé à l'audience tenue devant le premier juge, le 12 janvier 2011. De plus, l'appelant ne la conçoit qu'à titre subsidiaire. Dès lors, au vu des tensions entre époux et du désaccord de la mère, une garde alternée n'entre pas en ligne de compte. Elle ne pourrait être que préjudiciable à l'intérêt des enfants, qui ont besoin de stabilité, ainsi que d'être soustraits autant que possible du conflit conjugal.

Pour ce qui concerne l'attribution des enfants à l'un ou l'autre des parents, il convient de relever que les enfants du couple sont de jeunes enfants âgés de 7 et 4 ans. Ils ont besoin de soins particuliers et d'une présence constante et régulière d'un adulte. L'intimée recherchait un emploi à 50%, et a trouvé une activité professionnelle temporaire en qualité d'éducatrice auxiliaire pour quatre mois depuis le 31 janvier 2011. L'intimée n'entend pas, vu les circonstances, dépasser un taux d'activité de 50 %. Cette disponibilité, l'appelant ne peut l'offrir compte tenu de son travail, qu'il a certes réduit, mais qui l'occupe à 80 %. La disponibilité de la mère est meilleure que celle du père. L'intimée n'a

jamais démerité dans son rôle de mère, ce qu'a tenté d'infirmier l'appelant en produisant, à l'appui de son appel, un courrier du 18 mars 2010 écrit par le juriste de la Direction de la sécurité publique et des sports. Cependant, aucun élément pertinent, pour l'attribution des enfants, ne ressort de cette pièce. L'intimée assume seule l'éducation des enfants, dès lors que l'époux a désinvesti son rôle de père durant plusieurs mois, n'ayant pu avoir les enfants auprès de lui comme il le souhaitait. Les capacités éducatives de la mère sont dès lors à son avantage. De plus, les enfants ont toujours vécu avec leur mère depuis la séparation. Il serait par conséquent préjudiciable à leur intérêt de confier la garde à l'appelant, qui ne leur a guère consacré de temps, si ce n'est de façon irrégulière. Certes, les relations entre le père et les enfants reprennent actuellement, mais ce fait ne peut combler les carences avérées du père des derniers mois, comme l'a justement retenu le premier juge.

En conclusion, le juge de céans constate que le premier juge a, à juste titre, confié la garde des enfants mineurs à l'intimée et prévu un droit de visite usuel et élargi à l'appelant ».

Dans le prononcé attaqué rendu le 22 septembre 2011, le premier juge a considéré que la garde alternée supposait une volonté conjointe des deux parents impliquant leur accord sur le principe et les modalités de la garde et que cette condition n'était pas remplie en l'espèce, de sorte qu'il fallait attribuer la garde exclusive à l'un des parents. Il a alors estimé que les enfants, qui étaient encore jeunes, avaient besoin de stabilité et que, compte tenu de la nécessité de ne pas séparer la fratrie, de leur âge et du fait qu'ils avaient toujours vécu auprès de leur mère, il se justifiait de confier le droit de garde à leur mère, d'autant plus que le recourant n'avait vu ses enfants que de manière sporadique au cours des derniers mois alors qu'un large droit de visite lui avait pourtant été octroyé. Le premier juge a relevé de surcroît qu'il était important pour l'équilibre des enfants que ceux-ci aient un point d'ancrage bien défini, un endroit leur procurant une stabilité, élément essentiel dans le développement harmonieux de tout enfant, mais qu'il était opportun également de prévoir un large libre et large droit de visite en faveur du père.

Les circonstances de fait étant, pour l'essentiel, les mêmes que celles qui prévalaient au moment où l'arrêt du Juge délégué a été rendu, soit en mars 2011, c'est à juste titre que le premier juge a rejeté la requête de l'appelant tendant à la mise sur pied d'une garde alternée ou à l'attribution de la garde en sa faveur. Ce faisant, les éléments au dossier ont été correctement appréciés.

Aucun élément nouveau ne justifie en effet un changement de garde. Le seul fait que le recourant a réduit dans l'intervalle son taux d'activité de 80 % à 60 % ne saurait en particulier suffire à justifier un changement de garde, d'autant moins que les enfants ont un besoin évident de stabilité.

Pour le reste, on relèvera que l'appelant reprend rigoureusement la même argumentation que celle développée dans son précédent appel et sur laquelle le Juge délégué s'est déjà prononcé. En particulier, il doit être rappelé qu'une garde alternée ne saurait être instaurée lorsqu'elle ne repose pas sur une volonté commune des deux parents.

Il découle de ce qui précède que le moyen de l'appelant doit être rejeté.

4. En conclusion, l'appel doit être rejeté, en application de l'art. 312 al. 1 CPC, et le prononcé confirmé.

Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (art. 65 al. 2 TFJC [Tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010, RSV 270.11.5]), sont mis à la charge de l'appelant.

Il n'y a pas matière à l'allocation de dépens de deuxième instance, l'intimée n'ayant pas été invitée à se déterminer.

Par ces motifs,
le juge délégué 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.** Le prononcé est confirmé.
- III.** Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (six cents francs), sont mis à la charge de l'appelant A.B._____.
- IV.** Il n'est pas alloué de dépens de deuxième instance.
- V.** L'arrêt motivé est exécutoire.

Le juge délégué :

Le greffier :

Du 29 novembre 2011

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

Le greffier :

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 :

- M. A.B. _____
- Me Nadia Calabria (pour B.B. _____)

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).

Le greffier :