

COUR D'APPEL CIVILE

Ordonnance du 6 novembre 2020

Composition : M. PERROT, juge délégué
Greffier : M. Clerc

Art. 315 al. 4 let. b et al. 5 CPC

Statuant sur la requête présentée par **A.F.**_____, à Ecublens, intimée, tendant à l'octroi de l'effet suspensif à l'appel qu'elle a interjeté contre l'ordonnance de mesures provisionnelles rendue le 19 octobre 2020 par la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne dans la cause la divisant d'avec **B.F.**_____, à Ecublens, requérant, le Juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal considère :

En fait et en droit :

1. A.F._____, née [...] le 13 janvier 1973, et B.F._____, né le 18 mars 1972, se sont mariés le 11 août 2007 à Rolle (VD).

Une enfant est issue de leur union, H._____, née le 8 mars 2010.

2. a) Rencontrant des difficultés conjugales, les parties vivent de manière séparée depuis le 1^{er} août 2015.

Par convention ratifiée le 1^{er} décembre 2015 par la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne (ci-après : la présidente ou le premier juge) pour valoir ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale, les parties ont notamment prévu de fixer le lieu de résidence de H._____ au domicile de la mère, qui en exercerait la garde de fait, un libre et large droit de visite étant octroyé au père.

b) Le 18 décembre 2017, B.F._____ a ouvert action en divorce.

c) Par requête de mesures provisionnelles du 15 mars 2018, B.F._____ a notamment conclu, sous suite de frais et dépens à la mise en place d'une garde alternée sur l'enfant H._____ et à ce que le domicile légal de celle-ci soit fixé chez lui.

Le 25 avril 2018, A.F._____ a conclu au rejet des conclusions provisionnelles prises par B.F._____.

Par ordonnance de mesures provisionnelles du 11 juin 2019, la présidente a en particulier rejeté la mise en œuvre d'une garde alternée, l'estimant prématurée et a élargi le droit de visite du requérant sur sa fille en ce sens qu'il pourrait l'avoir auprès de lui une semaine sur deux, du mercredi au vendredi matin.

d) Par requête du 19 décembre 2019, B.F._____ a notamment conclu, sous suite de frais et dépens, à la mise en place d'une garde alternée sur l'enfant H._____.

Le 20 février 2020, l'intimée a conclu au rejet de cette requête de mesures provisionnelles.

3. Par ordonnance de mesures provisionnelles du 19 octobre 2020, le premier juge a dit qu'à compter du dimanche 25 octobre 2020 à 18 heures, les parties exerceraient une garde alternée sur H._____, du dimanche à 18 heures jusqu'au dimanche suivant à 18 heures, « la moitié des vacances scolaires étant réparties entre [elles] pour le surplus » (I), a astreint l'intimé à verser à la requérante un montant mensuel de 614 fr. 25 afin de couvrir la part des coûts directs de H._____ mise à la charge de la requérante (II), a dit que les frais judiciaires et les dépens suivraient le sort de la cause au fond (III), a rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (IV) et a déclaré l'ordonnance immédiatement exécutoire, nonobstant appel (V).

En substance, le premier juge, se fondant sur le rapport rendu le 25 août 2020 par la Direction générale de l'enfance et de la jeunesse, a retenu que les parties ne communiquaient pas mais avaient réussi à trouver un certain équilibre et que l'enfant H._____ avait affirmé vouloir vivre une semaine sur deux avec chacun de ses parents. La présidente a relevé au surplus que les parents habitent dans le même quartier à [...] et à proximité de l'école de leur fille, ce qui facilite la mise en place d'une garde alternée.

4. Par acte du 2 novembre 2020, A.F._____ a interjeté appel contre cette ordonnance en concluant notamment à sa réforme en ce sens que la requête de mesures provisionnelles du 19 décembre 2019 soit rejetée. Elle a en outre requis que l'effet suspensif soit accordé à l'appel.

Par courrier du 3 novembre 2020, B.F._____ a déclaré ne pas s'opposer à la requête d'effet suspensif.

5.

5.1 L'appelante fait valoir que, depuis la séparation des parties, c'est elle qui exerce la garde exclusive sur la fille du couple et qu'on ignore tout de la situation professionnelle future de l'intimé ni même s'il sera effectivement en mesure de prendre en charge H. _____ à l'avenir. La mise en œuvre immédiate d'une garde partagée obligerait l'enfant à se séparer de sa mère une semaine sur deux et à s'adapter à un nouveau régime de garde, lequel pourrait être mis à néant en fonction de l'organisation future de l'intimé. L'appelante fait valoir que ces changements importants mettraient en danger la stabilité et le bien-être de l'enfant, ce qui justifierait l'octroi de l'effet suspensif à l'appel.

5.2 Selon l'art. 315 al. 4 CPC, l'appel n'a pas d'effet suspensif lorsqu'il a pour objet des décisions portant sur :

- a. le droit de réponse ;
- b. des mesures provisionnelles.

L'exécution des mesures provisionnelles peut exceptionnellement être suspendue si la partie concernée risque de subir un préjudice difficilement réparable (art. 315 al. 5 CPC).

Le préjudice difficilement réparable peut être de nature factuelle ; il concerne tout préjudice, patrimonial ou immatériel, et peut même résulter du seul écoulement du temps pendant le procès. Le dommage est constitué, pour celui qui requiert les mesures provisionnelles, par le fait que, sans celles-ci, il serait lésé dans sa position juridique de fond et, pour celui qui recourt contre le prononcé de telles mesures, par les conséquences matérielles qu'elles engendrent (ATF 138 III 378 consid. 6.3 ; TF 5A_978/2016 du 16 février 2017 consid. 4). Saisie d'une demande d'effet suspensif au sens de l'art. 315 al. 5 CPC, l'autorité cantonale d'appel doit ainsi procéder à une nouvelle pesée des intérêts entre les deux préjudices difficilement réparables, celui du demandeur à l'action si la mesure n'était pas exécutée immédiatement et celui qu'entraînerait pour le défendeur l'exécution de cette mesure (ATF 138 III

378 consid. 6.3 ; TF 5A_514/2012 du 4 septembre 2012 consid. 3.2). Elle doit faire preuve de retenue et ne modifier la décision de première instance que dans des cas exceptionnels ; elle dispose cependant d'un large pouvoir d'appréciation permettant de tenir compte des circonstances concrètes du cas d'espèce (ATF 137 III 475 consid. 4.1, rés. in JdT 2012 II 519 ; ATF 138 III 565 consid. 4.3.1, JdT 2015 II 408 ; TF 5A_558/2013 du 11 septembre 2013 consid. 4.2.1 ; TF 5A_403/2015 du 28 août 2015 consid. 5, RSPC 2015 p. 510 ; TF 5A_661/2015 du 2 décembre 2015 consid. 5.1 ; TF 5A_131/2016 du 25 avril 2016 consid. 3.1).

Lorsqu'en vertu de la décision de première instance, l'enfant demeure chez le parent qui prenait principalement soin de lui avant l'introduction de la procédure (parent de référence/*Bezugsperson*), l'instance d'appel doit en principe rejeter la requête d'effet suspensif du parent sollicitant un changement de garde, des motifs sérieux devant toutefois être réservés, notamment lorsque la décision attaquée menace le bien de l'enfant et apparaît manifestement infondée (ATF 138 III 565 consid. 4.3.2 ; TF 5A_576/2013 du 18 septembre 2013 consid. 4 ; TF 5A_780/2012 du 8 novembre 2012 consid. 3.3.2).

En revanche, lorsque le juge de première instance statue sur la garde ou modifie celle-ci de sorte que l'enfant devrait être séparé du parent qui prend actuellement soin de lui, le bien de l'enfant commande alors, dans la règle, de maintenir les choses en l'état et de laisser celui-ci auprès de la personne qui lui sert de référence. La requête d'effet suspensif du parent qui entend conserver la garde doit ainsi généralement être admise, sauf si l'appel paraît sur ce point d'emblée irrecevable ou manifestement infondé (ATF 138 III 565 consid. 4.3.2 ; TF 5A_194/2012 du 8 mai 2012 consid. 5.1.3). Le fait que la décision querellée ne paraisse pas insoutenable n'est en revanche pas suffisant pour refuser l'effet suspensif (ATF 138 III 565 consid. 4.3.2 ; TF 5A_780/2012 du 8 novembre 2012 consid. 3.3.2 et réf. cit.). Le refus d'attribuer l'effet suspensif ne saurait s'appuyer sur des faits nouveaux, survenus postérieurement à la décision entreprise : en effet, l'instance de recours statuant sur l'effet suspensif à bref délai, l'enfant ne devrait pas être déplacé tant que celle-ci n'a pas

statué, des changements successifs n'étant manifestement pas dans son intérêt (TF 5A_576/2013 du 18 septembre 2013 consid. 4).

5.3 En l'espèce, depuis le 1^{er} décembre 2015 à tout le moins, l'enfant est auprès de sa mère qui en avait la garde exclusive et qui apparaît donc comme la personne de référence de l'enfant. La mise en œuvre immédiate d'une garde alternée, respectivement le refus de l'effet suspensif, engendrerait un changement qui pourrait au final ne s'avérer que provisoire en cas d'admission de l'appel. Au regard de la jurisprudence précitée et compte tenu du jeune âge de l'enfant, une telle situation n'est pas souhaitable puisqu'elle serait susceptible de lui porter préjudice et, en particulier, de nuire à son besoin de stabilité. Par ailleurs, il apparaît, sur la base d'un examen *prima facie*, que le maintien de la situation antérieure ne met pas en péril le bien de l'enfant. Par surabondance, B.F. _____ a déclaré ne pas s'opposer à l'octroi de l'effet suspensif.

6. Compte tenu de ce qui précède, la requête d'effet suspensif doit être admise.

Il sera statué sur les frais judiciaires et les dépens dans le cadre de l'arrêt sur appel à intervenir (cf. art. 104 al. 3 CPC).

Par ces motifs,
le Juge délégué de la Cour d'appel civile,
p r o n o n c e :

- I.** La requête d'effet suspensif est admise.
- II.** Il sera statué sur les frais judiciaires et les dépens de la présente ordonnance dans le cadre de l'arrêt sur appel à intervenir.

Le juge délégué :

Le greffier :

Du

La présente ordonnance, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifiée à :

- Me José Coret (pour A.F. _____),
- Me Nicolas Perret (pour B.F. _____),

et communiquée, par l'envoi de photocopies, à :

- Mme la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne.

La présente ordonnance 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), le 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 :