

**JUGE DELEGUE DE LA COUR D'APPEL CIVILE**

---

---

Arrêt du 7 mars 2012

---

Présidence de M. GIROUD, juge délégué  
Greffier : Mme Nantermod Bernard

\* \* \* \* \*

**Art. 176 al. 3 CC; 276 al. 1, 308 al. 1 let. b et 317 al. 1 CPC; 107 al. 2 LTF**

Saisi par renvoi de la IIe Cour de droit civil du Tribunal fédéral et statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **W.**\_\_\_\_\_, à Pully, contre l'ordonnance de mesures provisionnelles rendue le 18 février 2011 par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne dans la cause en divorce divisant l'appelant d'avec **C.**\_\_\_\_\_, au Mont-sur-Lausanne, intimée, le Juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

## **En fait :**

**A.** Par ordonnance de mesures provisionnelles du 18 février 2011, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne a confié la garde des enfants [...] et [...] à leur mère (I); dit que le père jouira à leur égard d'un libre droit de visite à fixer d'entente entre les parties, à défaut de quoi il pourra avoir ses enfants auprès de lui chaque mardi de 7 heures à 21 heures, une fin de semaine sur deux du vendredi soir à 18 heures au dimanche soir à 18 heures ainsi que durant la moitié des vacances scolaires et des jours fériés (II); attribué la jouissance du domicile conjugal, sis chemin du [...], à C.\_\_\_\_\_, celle-ci devant en assumer les charges (III); imparti à W.\_\_\_\_\_ un délai de quinze jours dès la notification de l'ordonnance pour quitter le domicile conjugal en emportant ses effets personnels et de quoi se reloger sommairement (IV); dit que W.\_\_\_\_\_ contribuera à l'entretien de ses enfants par le régulier versement d'une pension de 1'500 fr., allocations familiales en plus, payable d'avance le premier jour de chaque mois dès et y compris son départ du domicile conjugal, pro rata temporis (V); dit que les frais et dépens de la procédure suivent le sort de la cause au fond (VI); rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (VII) et déclaré l'ordonnance immédiatement exécutoire, nonobstant appel (VIII).

Le premier juge a considéré que les capacités parentales de C.\_\_\_\_\_ restaient entières malgré sa maladie et que, compte tenu de l'âge des enfants, elle devait se voir confier leur garde. Le corollaire de cette attribution était que la jouissance de la maison conjugale devait revenir à la mère. Celle-ci ayant déclaré renoncer à une pension pour elle-même, le premier juge a calculé une contribution d'entretien pour les enfants à la charge du père sur la base du vingt-cinq pour cent de son salaire net mensualisé.

**B.** Le 3 mars 2011, W.\_\_\_\_\_ a fait appel de cette ordonnance. Il a conclu principalement à sa réforme en ce sens que la garde de [...] et

d'[...] lui est confiée, que C.\_\_\_\_\_ jouira d'un libre droit de visite sur ses enfants, que la jouissance du domicile conjugal au [...] lui est attribuée, moyennant qu'il en acquitte les charges, qu'un délai de quinze jours dès la notification de l'arrêt sur appel est imparti à C.\_\_\_\_\_ pour quitter le domicile conjugal et qu'elle contribuera à l'entretien de ses enfants par le versement d'une pension mensuelle de 1'500 fr., allocations familiales en plus, payable d'avance le premier jour de chaque mois dès et y compris son départ du domicile conjugal, pro rata temporis, subsidiairement à son annulation.

Par décision du 11 mars 2011, le Juge délégué de la Cour d'appel civile a rejeté la requête d'effet suspensif formée par l'appelant.

L'intimée n'a pas été invitée à se déterminer sur la requête d'appel.

Par arrêt du 4 avril 2011, notifié en expédition complète le 12 mai 2011, le Juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal a rejeté l'appel de W.\_\_\_\_\_, confirmé l'ordonnance de mesures provisionnelles du 18 février 2011 et mis les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr., à la charge de l'appelant, l'arrêt motivé étant exécutoire.

**C.** Par acte du 14 juin 2011, W.\_\_\_\_\_ a exercé un recours en matière civile au Tribunal fédéral contre cet arrêt. Il a conclu à l'annulation de l'acte attaqué et au renvoi de la cause à l'autorité précédente pour nouvelle décision dans le sens des considérants. Selon lui, le juge d'appel avait violé son droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst [Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101]) et procédé à une appréciation arbitraire des faits en ne tenant pas compte, sans motifs, de sa requête d'expertise concernant le sort des enfants, les capacités éducatives des parents et les modalités du droit de visite. Il avait par ailleurs violé son droit d'être entendu en refusant de tenir compte, sur la base d'une application arbitraire de l'art. 317 al. 1 CPC (Code de procédure

civile du 18 décembre 2008; RS 272) à un appel concernant une cause où le sort de mineurs est en jeu, des faits nouveaux que constituaient les difficultés scolaires des enfants et un malaise de l'intimée à la piscine en février 2011. Le recourant s'est plaint enfin de ce que les enfants n'avaient encore jamais été entendus dans la procédure.

L'intimée a proposé le rejet du recours.

Par arrêt du 5 décembre 2011, la IIe Cour de droit civil du Tribunal fédéral a admis le recours de W. \_\_\_\_\_, annulé l'arrêt attaqué et renvoyé la cause à l'autorité cantonale pour instruction complémentaire et nouvelle décision dans le sens des considérants.

Selon le Tribunal fédéral, l'autorité cantonale avait forgé son opinion quant aux aptitudes éducatives de l'intimée sur la base d'une appréciation des faits dont le recourant n'avait pas démontré qu'elle serait insoutenable. Le recourant n'avait nullement établi que le juge de l'appel aurait fait preuve d'arbitraire en considérant implicitement que la mère était capable de prendre soin des enfants sans qu'il y ait lieu d'ordonner une expertise à ce sujet, laquelle n'aurait par ailleurs pas été nécessaire pour statuer sur les modalités du droit de visite, que le recourant ne critiquait pas. S'agissant du grief fait au juge de l'appel d'avoir violé le droit d'être entendu du recourant en refusant de tenir compte de faits nouveaux, l'instant s'était limité à présenter sa propre appréciation de la cause ainsi que son interprétation personnelle des normes prétendument violées, sans démontrer en quoi les motifs retenus par le juge de l'appel et la conclusion à laquelle celui-ci était parvenu concernant l'administration desdites preuves auraient été arbitraires. S'agissant en revanche du grief du recourant relatif à l'audition des enfants, le Tribunal fédéral a considéré que celle-ci constituait à la fois un droit de participation de l'enfant à la procédure qui le concernait et un moyen pour le juge d'établir les faits (TF 5A\_50/2010 du 6 juillet 2010 c. 2.1; ATF 133 II 553 c. 2 non publié). La maxime inquisitoire – et la maxime d'office – trouvant application dans le cadre des procédures relatives aux enfants (art. 296 CPC), le juge était tenu d'entendre l'enfant, non seulement lorsque celui-ci ou ses parents le

requéraient, mais aussi dans tous les cas où aucun juste motif ne s'y opposait (TF 5A\_43/2008 du 15 mai 2008 c. 3.1; Sutter/Freiburghaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, 1999, n. 46 ad art. 144; Rumojungo, L'audition des enfants lors du divorce de leurs parents, in SJ 2003 II p. 115 ss, p. 118; Meier, La position des personnes concernées dans les procédures de protection des mineurs et des adultes - Quelques enseignements de la jurisprudence fédérale récent, in RDT 63/2008 p. 399 ss, p. 404). Constatant qu'il n'apparaissait pas que les enfants eussent été entendus dans la procédure, que ce soit par le juge lui-même ou un tiers spécialiste de l'enfance nommé à cet effet, la haute Cour a estimé que le juge précédent avait arbitrairement appliqué le droit fédéral sur ce point. Partant, il a annulé l'arrêt attaqué et renvoyé la cause au juge de l'appel pour qu'il procède à une instruction complémentaire.

Par lettre du 20 janvier 2012, l'intimée, par son conseil, a déclaré au juge de l'appel qu'elle était d'accord que les enfants soient entendus conformément aux considérants de l'arrêt du Tribunal fédéral du 5 décembre 2011. Dans son courrier du 30 janvier 2012, le conseil de l'appelant a requis la fixation d'une audience d'appel en vue de l'administration des preuves qu'il avait requises.

[...] et [...] ont été entendus le 15 février 2012 par le Juge délégué de la Cour d'appel civile en présence d'une greffière. Ils ont exprimé le souhait de demeurer au Mont-sur-Lausanne, où ils sont scolarisés. Le résumé de leurs propos a été communiqué aux parties auxquelles un délai de détermination a été fixé. Par lettre de son conseil du 28 février 2012, C.\_\_\_\_\_ a précisé que la jeune femme dont avaient parlé les enfants ne cuisinait pas pour eux pas plus qu'elle ne mangeait en leur compagnie. Elle a ajouté qu'elle n'avait plus eu de problème d'hypoglycémie depuis plus d'une année et qu'à l'égard de [...], elle était plus sévère que son mari s'agissant de l'utilisation de la télévision et de l'ordinateur, dans l'intérêt de sa fille, afin que celle-ci fasse ses devoirs au retour de l'école. W.\_\_\_\_\_ ne s'est pas déterminé dans le délai imparti.

**D.** Les faits nécessaires à l'examen de la cause sont les suivants :

**1.** W.\_\_\_\_\_, né le [...], et C.\_\_\_\_\_ le [...], se sont mariés le [...]. Ils sont les parents de deux enfants : [...], et [...].

**2.** Journaliste juriste au service du quotidien [...], W.\_\_\_\_\_ travaille à 80%. Il a congé le mardi et, après avoir travaillé à Genève, a obtenu à titre temporaire l'autorisation de travailler à Lausanne. Il réalise un revenu mensuel net de 5'532 fr. treize fois l'an, allocations familiales non comprises, à savoir 5'993 fr. net par mois. De février à juillet 2009, il a au surplus obtenu un revenu de 8'305 fr. 10 net du Canton de Genève et, en 2009, un revenu de 5'073 fr. net de la Confédération pour une activité à temps partiel.

Pour sa part, C.\_\_\_\_\_ travaille à 70% à la rédaction du journal [...], à Lausanne, et réalise un revenu mensuel net de 5'600 francs.

**3.** C.\_\_\_\_\_ souffre de diabète depuis 1999 et est sujette à des hypoglycémies. C'est ainsi notamment qu'en 2004, alors qu'elle circulait en voiture avec ses enfants sur l'autoroute, une forte hypoglycémie l'a contrainte à s'arrêter sur la bande d'arrêt d'urgence, ce qui a provoqué l'intervention de la police. Le 12 février 2011, alors qu'elle se trouvait à la piscine thermale d'Yverdon-les-Bains avec ses enfants et la marraine de son fils, elle aurait éprouvé une hypoglycémie ayant conduit sa fille à envoyer des messages par téléphone à W.\_\_\_\_\_. Dans un courrier du 2 novembre 2010, la doctoresse [...], spécialiste en endocrinologie-diabétologie, qui suit C.\_\_\_\_\_ depuis 2005, a attesté que le diabète dont celle-ci souffrait n'était pas de nature à empêcher ou entraver le droit de garde sur des enfants en bas âge. Ce médecin a précisé dans un courrier du 31 janvier 2011 que l'épisode de 2004 avait eu lieu alors que sa patiente était encore en phase d'apprentissage pour le traitement de sa maladie.

**4.** Durant la vie commune, W.\_\_\_\_\_ s'occupait de ses enfants le mardi. Les autres jours de la semaine, C.\_\_\_\_\_ était présente auprès de [...] pour le repas de midi et dès 18 heures, en étant assistée pour le surplus par une mère de jour à domicile.

**5.** Par acte du 12 octobre 2010, W.\_\_\_\_\_ a requis des mesures protectrices de l'union conjugale, en concluant à ce que la garde de ses deux enfants lui soit confiée, que l'intimée jouisse à l'égard de ceux-ci d'un libre droit de visite, que la jouissance de la villa conjugale soit attribuée au requérant qui en assumera les charges et que l'intimée contribue à l'entretien des siens par le versement d'une pension de 1'500 fr. par mois dès le 1<sup>er</sup> octobre 2010.

Le 21 octobre 2010, C.\_\_\_\_\_ a ouvert action en divorce devant le Tribunal d'arrondissement de Lausanne. Elle a alors pris des conclusions provisionnelles tendant à ce que la garde des enfants lui soit confiée, que l'intimé jouisse d'un libre droit de visite moyennant entente préalable avec elle, que la jouissance de la maison conjugale soit attribuée à la requérante qui en assumera les charges et que l'intimé contribue à l'entretien des siens par le versement d'une pension de 1'500 fr. par mois dès le 1<sup>er</sup> octobre 2010.

A l'audience du Président du Tribunal d'arrondissement de Lausanne du 1<sup>er</sup> novembre 2010, la requête de mesures protectrices de l'union conjugale déposée par W.\_\_\_\_\_ a été convertie en requête de mesures provisionnelles dans le cadre du procès en divorce. Trois témoins ont alors été entendus.

**6.** Par lettre du 23 février 2011 à son épouse, W.\_\_\_\_\_ a notamment déclaré qu'il prévoyait de déménager de la villa du [...] le 5 mars 2011. Dès cette date, W.\_\_\_\_\_ vit à [...], dans un appartement

rendu disponible par le départ de sa mère dans une résidence pour personnes âgées.

### **En droit :**

**1.**           **1.1** La loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (ci-après LTF; RS 173.110) ne connaît pas de disposition expresse équivalente à l'art. 66 al. 1<sup>er</sup> de l'ancienne loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 (aOJ) qui prévoyait que l'autorité cantonale était tenue de fonder sa nouvelle décision sur les considérants de droit de l'arrêt du Tribunal fédéral (cf. art. 107 al. 2 LTF). Cette règle demeure toutefois valable sous le nouveau droit (Message concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale du 28 février 2001, Feuille fédérale [FF] 2001, p. 4143; TF 5A\_336/2008 du 28 août 2008, c. 1.3 et les références citées; TF 4A\_71/2007 du 19 octobre 2007 c. 2.2; TF 4A\_138/2007 du 19 juin 2007 c. 1.5). Le tribunal auquel une affaire est renvoyée voit sa cognition limitée par les motifs de l'arrêt de renvoi, en ce sens qu'il est lié par ce qui a été déjà jugé définitivement par le Tribunal fédéral (ATF 133 III 201 c. 4.2 p. 208; CREC I 12 novembre 2008/514) et par les constatations de fait qui n'ont pas été attaquées devant lui. La juridiction cantonale n'est donc libre que sur les points qui n'ont pas été tranchés par l'arrêt de renvoi ou dans la mesure où elle se fonde sur des faits complémentaires établis postérieurement à cet arrêt (Poudret, Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire, vol. II, n. 1.3.2 ad art. aOJ). Les considérants de l'arrêt retournant la cause pour nouvelle décision à l'autorité cantonale lient aussi le Tribunal fédéral et les parties (ATF 133 III 201 c. 4.2; 125 III 421 c. 2a).

**1.2** Dans son arrêt de renvoi, le Tribunal fédéral s'est abstenu de sanctionner le fait qu'aucune expertise n'avait été ordonnée au sujet des aptitudes de la mère (c. 3). Il a écarté les griefs du père relatifs à la

prise en considération de faits nouveaux (c. 4). Il n'y a donc pas lieu de revenir sur ces questions dans le présent arrêt.

**1.3** L'appelant persiste à requérir la production de pièces. Comme déjà exposé au considérant 2 c de l'arrêt du 4 avril 2011, ces pièces ne sont pas pertinentes, appréciation qui n'a pas été contredite par le Tribunal fédéral. La pièce 51 concerne des épisodes d'hypoglycémie de l'intimée en 2002 et 2004. La pièce 52 concerne un tel épisode survenu en 2001 lors d'une consultation avec l'enfant [...] au Service de la guidance infantile à Genève. La pièce 53 concerne les suites de l'arrêt de l'intimée sur la bande d'urgence de l'autoroute en 2004, la police ayant adressé une copie de son rapport au Service de protection de la jeunesse genevois. Tous ces éléments sont manifestement trop anciens pour présenter un intérêt dans le cadre des mesures provisionnelles actuelles, ce qui justifie de ne pas donner suite aux réquisitions de l'appelant.

**1.4** L'appelant requiert encore la fixation d'une audience. La situation des parties paraissant claire, comme exposé ci-après, une telle mesure d'instruction ne s'avère pas nécessaire.

**2.** 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 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 (Verena Bräm, Zürcher Kommentar, 2<sup>ème</sup> éd., nn. 89 et 101 ad art. 176 CC cité in TF 5A\_693/2007 du 18 février 2008 ; Chaix, Commentaire romand, Code civil I, Bâle 2010, n. 19 ad art. 176 CC).

L'intérêt de l'enfant prime sur toutes les autres considérations en matière d'attribution du droit de garde. En cas de capacités éducatives

équivalentes des père et mère, l'enfant est attribué au parent qui présente les meilleures disponibilités pour s'occuper personnellement de lui. En cas de disponibilités équivalentes des parents, la stabilité de la situation pour l'enfant est déterminante. Enfin, lorsque l'enfant est capable d'exprimer clairement sa volonté, celle-ci doit être prise en compte (TF 5A602/2011 du 10 novembre 2011, c. 2.2).

En l'espèce, les capacités éducatives des parents paraissent équivalentes. La mère semble plus disponible que le père, dès lors qu'elle travaille à Lausanne à 70% tandis que le père travaille à 80%, en principe à Genève. Elle occupe la maison qui était celle de sa grand-mère au Mont-sur-Lausanne. Les enfants y ont grandi. Ils y bénéficient de stabilité et ont clairement manifesté, lors de leur audition par le juge délégué, leur souhait d'y rester, de sorte que l'attribution de la garde à la mère est adéquate. L'avis du premier juge n'est en conséquence nullement critiquable.

**3.** En conclusion, l'appel doit être rejeté en application de l'art. 312 al. 1 CPC et l'ordonnance confirmée.

Les frais judiciaires de deuxième instance à la charge de l'appelant sont arrêtés à 600 fr. (art. 65 al. 2 TFJC ; tarif des frais judiciaires en matière civile du 28 septembre 2010 ; RSV 270.11.5).

L'intimée a droit à des dépens de deuxième instance, arrêtés à 300 francs.

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. 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'appelant W.\_\_\_\_\_.
- IV. L'appelant doit verser à l'intimée C.\_\_\_\_\_ la somme de 300 fr. (trois cents francs) à titre de dépens de deuxième instance.
- V. L'arrêt motivé est exécutoire.

Le juge délégué :

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 :

- Me Philippe Chaulmontet (pour W.\_\_\_\_\_)
- Me Marguerite Florio (pour C.\_\_\_\_\_)

Le Juge délégué de la cour d'appel civile considère que la valeur litigieuse est supérieure à 30'000 francs.

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 :