

COUR D'APPEL CIVILE

Ordonnance du 5 mars 2019

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

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

Statuant sur la requête présentée par **A.N.**_____, à [...],
requérante, tendant à l'octroi de l'effet suspensif à l'appel qu'elle a
interjeté contre le prononcé rendu le 12 février 2019 dans la cause en
mesures protectrices de l'union conjugale la divisant d'avec **B.N.**_____,
à [...], intimé, le Juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal
cantonal considère :

En fait et en droit :

1. **a)** Les époux A.N. _____ (ci-après : la requérante), née [...] le [...] 1977, et B.N. _____ (ci-après : l'intimé), né le [...] 1976, tous deux originaires de [...], se sont mariés le [...] 2004 à [...].

Deux enfants sont issus de leur union :

- E. _____, né le [...] 2004 ;
- X. _____, né le [...] 2007.

b) Suite à d'importantes difficultés conjugales, A.N. _____ a pris, par requête du 25 septembre 2018, en particulier des conclusions à titre de mesures protectrices de l'union conjugale contre B.N. _____ en ce sens que la jouissance du logement conjugal sis Q. _____ lui soit attribuée et que la garde des enfants lui soit confiée, un droit de visite étant accordé à B.N. _____.

Par procédé écrit du 24 octobre 2018, B.N. _____ a en particulier conclu à ce que la jouissance du logement conjugal lui soit attribuée et à ce que la garde des enfants lui soit confiée, un droit de visite étant accordé à A.N. _____.

c) Dans le cadre de la procédure, les enfants E. _____ et X. _____ ont été entendus le 7 novembre 2018 par un juge délégué du Tribunal civil de l'arrondissement de La Broye et du Nord vaudois.

2. Par ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale du 12 février 2019, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de La Broye et du Nord vaudois (ci-après : le président ou le premier juge) a, en particulier, autorisé les époux à vivre séparés pour une durée indéterminée (I), a attribué la jouissance du domicile conjugal à l'intimé, qui en payerait toutes les charges (II), a imparti un délai au 31 mars 2019 à la requérante pour quitter le domicile conjugal (III), a dit que les parties exerceraient une garde alternée sur leurs enfants, chacun ayant les deux

enfants auprès de lui une semaine sur deux, du dimanche à 18 heures au dimanche suivant à 18 heures (IV), a dit que le domicile légal des enfants serait celui de l'intimé (V), a dit que l'intimé contribuerait à l'entretien de ses enfants par le paiement des coûts fixes que sont les primes d'assurances maladie obligatoire et complémentaire ainsi que les cotisations au club de hockey et par le versement d'une pension mensuelle de 400 fr. pour E._____ et de 670 fr. pour X._____, dès séparation effective des époux (VI et VII), a constaté que le montant nécessaire pour couvrir l'entretien convenable des enfants s'élevait à 1'374 fr. pour E._____ et à 1'671 fr. pour X._____ (VIII) et a dit que l'intimé contribuerait à l'entretien de son épouse par le versement d'une pension mensuelle de 1'000 fr., dès séparation effective (IX).

En droit, le premier juge a estimé en substance que, durant la vie commune, la prise en charge des enfants avait été principalement assumée par la mère, dans le cadre d'une répartition dite « traditionnelle » des tâches, mais que le père s'était cependant investi davantage depuis quelques temps dans l'éducation de ses enfants, les deux parents disposant d'aptitudes parentales certaines. Le président a considéré qu'au vu des capacités éducatives de chacun des parents, de leur disponibilité respective, de leur envie de s'investir personnellement pour leurs enfants et des souhaits exprimés par les enfants lors de leur audition, il se justifiait d'instaurer une garde alternée. Le président a relevé qu'aucun époux ne parvenait à démontrer une utilité prépondérante à l'attribution du logement conjugal, de sorte qu'il l'a attribué à B.N._____, celui-ci l'ayant financé au moyen de biens propres, étant seul débiteur des prêts hypothécaires et étant économiquement le seul détenteur, malgré la copropriété des époux sur le bien immobilier. Le premier juge a tenu compte du fait que la requérante devrait, pour garantir un bon fonctionnement à la garde alternée, trouver un logement à proximité et lui a ainsi imparté un délai au 31 mars 2019 pour quitter le domicile conjugal.

3. Par acte du 25 février 2019, A.N._____ a interjeté appel contre cette ordonnance, en concluant notamment à sa réforme en ce

sens que la jouissance du domicile conjugal lui soit attribuée, que B.N. _____ soit astreint à quitter le domicile conjugal dans un délai fixé à dire de justice et à ce que la garde sur les enfants soit attribuée à la requérante, un libre et large droit de visite étant octroyé à l'intimé.

A.N. _____ a requis que l'effet suspensif soit accordé à son appel.

Le 4 mars 2019, B.N. _____ a conclu au rejet de la requête d'effet suspensif.

4.

4.1 Selon l'art. 315 al. 4 let. b CPC, l'appel n'a pas d'effet suspensif lorsqu'il a pour objet des décisions portant 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).

Saisie d'une demande d'effet suspensif, l'autorité de recours doit faire preuve de retenue et ne modifier la décision de première instance que dans des cas exceptionnels ; elle doit procéder à une pesée des intérêts en présence et 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, qui confirme une décision cantonale accordant l'effet suspensif à un appel contre un jugement de première instance instaurant une garde conjointe et alternée sur les enfants ; 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).

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_257/2016 du 6 juillet 2016 consid. 3.1). 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 137 III 475 consid. 4.1, rés. in JdT 2012 II 519 ; TF 5A 514/2012 du 4 septembre 2012 consid. 3.2.2 ; TF 5A_403/2015 du 28 août 2015 consid. 5, RSPC 2015 p. 510 ; TF 5A_714/2016 du 30 janvier 2017 consid. 5).

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_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). Ces principes sont également applicables en cas d'instauration d'un droit de garde alternée, dès lors que leur fondement, qui est d'éviter aux enfants des changements successifs à court terme sans motifs sérieux, est également pertinent dans ce cadre (TF 5A_403/2015 du 28 août 2015 consid. 5).

4.2 A l'appui de sa requête d'effet suspensif, la requérante soutient qu'elle se serait toujours occupée des enfants et constituerait dès lors leur personne de référence, tandis que l'intimé ne s'impliquerait aucunement dans les soins et l'éducation à apporter à leurs fils. Elle conteste en outre que l'intimé dispose d'une grande flexibilité dans l'aménagement de son temps de travail. Elle relève que l'intimé n'aurait jamais changé son comportement et continuerait à dénigrer l'appelante. Elle fait valoir que, si la garde des enfants devait effectivement lui être attribuée, elle devrait pouvoir rester au domicile conjugal pour éviter un déracinement aux enfants. La requérante relève en outre que, compte tenu du fait qu'elle est chargée de la conciergerie de l'immeuble dans lequel la famille habite, elle aurait un intérêt indéniable à y demeurer puisqu'en cas de déménagement elle risquerait de perdre cet emploi.

L'intimé pour sa part relève que, conformément à la jurisprudence, il ne serait pas arbitraire de refuser l'effet suspensif à une décision de mesures protectrices fixant une garde alternée, comme en l'espèce. Il estime que la décision du premier juge serait parfaitement fondée et ne porterait préjudice à aucun époux, dès lors que la garde alternée a été prévue. Selon lui, les critères d'attribution du logement familial auraient été pleinement respectés. L'intimé fait valoir en outre que l'enfant X. _____ aurait expressément indiqué qu'il souhaitait vivre avec son père, qu'il qualifiait « [d']honnête », dans l'appartement de [...], et qu'il n'y aurait pas lieu de diviser la fratrie. Il estime que la requérante aurait tenté d'influencer ses enfants. Il relève que la requérante aurait très souvent laissé les enfants au père et l'aurait remercié à de nombreuses reprises de son aide, ce qui démontrerait qu'elle lui fait entièrement confiance pour s'en occuper. L'intimé considère que c'est lui qui se serait principalement occupé des enfants avant les événements qui ont donné lieu à la procédure de mesures protectrices de l'union conjugale. Enfin, d'après l'intimé, c'est lui qui est seul propriétaire du domicile conjugal d'un point de vue économique puisqu'il a apporté tous les fonds propres et d'un point de vue juridique puisque c'est lui qui a pris à sa seule charge les prêts hypothécaires.

4.3 En l'espèce, la décision attaquée attribue le domicile conjugal à l'intimé et instaure une garde alternée entre les parents, alors que, actuellement, les parties habitent l'appartement avec leurs enfants.

Le premier juge a retenu que les deux parents présentaient de capacités parentales certaines, de sorte qu'au stade de l'examen de l'effet suspensif, on peut écarter les critiques respectives des parties sur le comportement de la partie adverse.

Un délai au 31 mars 2019 a été imparti à la requérante pour trouver un nouveau logement. Or, compte tenu du système de garde alternée ordonné par le premier juge, la requérante a pour contrainte complémentaire que son nouveau domicile soit situé dans la région de [...] afin de ne pas éloigner les enfants de leur établissement scolaire et de leurs amis.

Or, il est essentiel que, dans l'intérêt d'E._____ et X._____, leur situation demeure la plus stable possible en s'assurant qu'ils ne soient pas contraints de passer une semaine sur deux trop loin de leur centre de vie au motif que la requérante a dû trouver une solution provisoire moins favorable. Il serait préjudiciable aux enfants de procéder à un changement du mode de leur prise en charge pour, en cas d'admission de l'appel, rétablir le système antérieur, les principes dictant l'octroi de l'effet suspensif visant à éviter aux enfants des changements à court terme sans motifs sérieux.

Certes, il ressort du dossier que l'enfant X._____ a expressément manifesté sa volonté de vivre avec son père à [...]. Toutefois, il a précisé qu'il aimait autant son papa que sa maman, de sorte qu'il convient *a priori* de tenir compte de l'ensemble des éléments au dossier.

L'argument selon lequel la requérante justifie d'un intérêt prépondérant à l'attribution du logement conjugal au motif qu'elle assume

dans l'immeuble des tâches de conciergerie ne paraît pas non plus d'emblée dénué de pertinence.

Aussi, l'appel ne paraît pas *prima facie* irrecevable ou manifestement infondé. Or, les conclusions de la requérante portent tant sur l'attribution du domicile conjugal que sur l'octroi du droit de garde exclusif en sa faveur, soit deux éléments qui ont un impact sur le domicile habituel des enfants et leur prise en charge.

Pour ces motifs, la situation prévalant avant l'ordonnance querellée doit perdurer jusqu'à droit connu sur l'appel.

5. En définitive, la requête d'effet suspensif doit être admise. Ainsi, l'exécution des chiffres II à IX du dispositif de l'ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale du 12 février 2019 doit être suspendue jusqu'à droit connu sur l'appel.

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.** L'exécution des chiffres II à IX du dispositif de l'ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale du 30 novembre 2018 est suspendue jusqu'à droit connu sur l'appel.
- III.** 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 Rachel Rytz (pour A.N. _____),
- Me Nicolas Saviaux (pour B.N. _____),

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

- M. le Vice-Président du Tribunal civil de l'arrondissement de La Broye et du Nord vaudois.

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 :