

COUR D'APPEL CIVILE

Ordonnance du 29 novembre 2018

Composition : Mme GIROUD WALTHER, juge déléguée
Greffière : Mme Pitteloud

* * * * *

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

Statuant sur la requête présentée par **R.**_____, à [...], tendant à l'octroi de l'effet suspensif à l'appel qu'elle a interjeté contre l'ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale rendue le 19 novembre 2018 par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne dans la cause la divisant d'avec **N.**_____, à [...], la Juge déléguée de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal considère :

En fait et en droit :

1.

1.1 R._____ et N._____ se sont mariés le [...] 2016. Une enfant, née avant l'union civile des parties, est issue de cette relation, soit H._____, née le [...] 2014.

Les parties vivent séparées depuis le 27 novembre 2017, date à laquelle N._____ a quitté le domicile conjugal. Depuis le départ de N._____, R._____ occupe ce logement. N._____ s'est occupé de l'enfant matin et soir depuis la séparation.

1.2 Par requête de mesures protectrices et superprotectrices de l'union conjugale adressée le 9 juillet 2018 au Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne (ci-après : le premier juge ou le président), R._____ a notamment conclu, sous suite de frais et dépens, à ce que la garde de H._____ lui soit confiée, à ce que le domicile légal de l'enfant prénommée soit le sien et à ce que la jouissance du domicile conjugal lui soit attribuée. La requête de mesures superprotectrices de l'union conjugale a été rejetée par ordonnance du 9 juillet 2018 du premier juge. Par déterminations du 7 août 2018, N._____ a notamment conclu, sous suite de frais et dépens, à ce que la garde exclusive de H._____ lui soit confiée et à ce que la jouissance du domicile conjugal lui soit attribuée.

Le 23 juillet 2018, le Service de protection de la jeunesse (ci-après : SPJ) a informé le président avoir reçu un signalement du Can Team, Département femme-mère-enfant du Centre hospitalier universitaire vaudois (CHUV), concernant H._____ et faisant état des préoccupations des médecins du service quant aux compétences parentales respectives, du bien-fondé de requérir le passage de l'enfant dans un lieu neutre et sécurisé et de la nécessité d'une évaluation pédopsychiatrique pour H._____. Le signalement faisait état de situations de violence entre conjoints et devant l'enfant lors desquelles il

arrivait à celle-ci de vomir ; en outre la garderie avait rapporté le fait que la mère avait battu H._____ sur les jambes et les fesses avec une ceinture, reconnaissant ces gestes mais les considérant comme un style éducatif.

Par ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale du 20 août 2018, le premier juge a notamment confié au SPJ un mandat d'évaluation sur les conditions de vie de H._____, ainsi que sur les capacités éducatives des parents, afin de faire toutes propositions utiles relatives à l'attribution de la garde de l'enfant et à l'organisation des relations personnelles avec chacun des parents et l'a invité à rendre son rapport dans les meilleurs délais.

2. Par ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale du 19 novembre 2018, le président a notamment fixé le lieu de résidence de l'enfant H._____ au domicile de son père, N._____, qui exercera la garde de fait sur l'enfant prénommée (II), a dit que R._____ bénéficierait d'un libre et large droit de visite à l'égard de H._____, à exercer d'entente avec N._____, à défaut d'entente un soir par semaine ainsi qu'un week-end sur deux et la moitié des vacances scolaires et des jours fériés (III), a dit que la question de la garde et du droit de visite seraient revues lorsque le SPJ aurait rendu son rapport (IV), a attribué la jouissance du domicile conjugal à N._____ (V) et a imparté à R._____ un délai au 15 janvier 2019 pour quitter le domicile conjugal en emportant ses effets personnels et de quoi se reloger sommairement (VI).

En droit, le premier juge a notamment considéré qu'il était déjà arrivé à R._____ de donner des coups de ceinture à sa fille, ce qu'elle avait admis et confirmé à l'audience du 9 août 2018 tout en minimisant fortement ce fait. Dans ces circonstances, il apparaissait impératif de statuer sur l'attribution du droit de garde avant que le SPJ rende son rapport. Le magistrat a retenu qu'il en allait de l'intérêt de H._____ d'attribuer la garde sur cette dernière à son père. Par ailleurs,

quand bien même R._____ alléguait que N._____ aurait pu être lui aussi violent à l'égard de l'enfant, en lui donnant notamment la fessée, elle ne démontrait pas, même au stade de la vraisemblance, la véracité de ces faits. Le premier juge a en outre relevé que R._____ n'avait donné aucune suite après une consultation auprès du CAN Team, alors que si elle ou sa fille étaient victimes de violence de la part de N._____, une suite aurait été donnée. De surcroît, R._____ avait retiré la plainte pénale déposée contre N._____. Le magistrat a également relevé que depuis son départ du logement conjugal, soit à la fin du mois de novembre 2017, N._____ s'occupait de sa fille le matin et en fin de journée et que les conditions de travail dont il bénéficiait étaient plus adéquates et appropriées quant au soin d'un enfant. A cela s'ajoutait encore que N._____ bénéficiait du soutien de sa mère, laquelle s'occupait d'ores et déjà de H._____ lorsqu'il travaillait. Quant à R._____, bien qu'elle ait indiqué avoir décidé de baisser son taux d'activité afin de pouvoir s'occuper de H._____, cet élément n'était pas établi. Par conséquent, il convenait d'attribuer la garde de H._____ à son père et de fixer le lieu de résidence de l'enfant au domicile de ce dernier. Dans la mesure où la garde sur H._____ avait été confiée à N._____, il convenait de lui attribuer également la jouissance du domicile conjugal et d'impartir un délai à R._____ pour déménager.

3. Le 16 novembre 2018, le SPJ a adressé un rapport au premier juge, réceptionné après que l'ordonnance entreprise a été rendue, duquel il ressort notamment que la situation présente un certain degré d'urgence au vu de la mésentente et du flou régnant autour de l'organisation de la prise en charge de l'enfant H._____. Il en ressort également que R._____ a reconnu avoir levé la main sur sa fille par le passé, mais qu'elle aurait renoncé totalement à toute correction physique, ce qui aurait été confirmé par N._____. Aucunes traces visibles de coups n'ont été constatées par les intervenants de la garderie ou le pédiatre. Il ressort également de ce rapport que N._____ a affirmé n'avoir jamais levé la main sur sa fille, mais lui avoir déjà donné des fessées sous la forme de jeux. S'agissant du logement des parties, R._____ habite le logement

conjugal appartenant au père de N._____, ce qui accentuerait le conflit. Quant à N._____, il partagerait une collocation à [...]. Il en ressort enfin qu'à l'heure actuelle la grand-mère de H._____ ne serait plus en mesure de la prendre en charge.

4. Par acte du 26 novembre 2018, R._____ a interjeté appel de l'ordonnance du 19 novembre 2018, en concluant notamment, sous suite de frais et dépens, à sa réforme en ce sens que la garde de H._____ lui soit confiée et que le domicile de l'enfant prénommée soit fixé au sien, et à ce que la jouissance du domicile conjugal lui soit attribuée. Elle a par ailleurs requis que l'effet suspensif soit octroyé à son appel.

Le même jour, N._____ a conclu au rejet de la requête d'effet suspensif.

5.

5.1

5.1.1 A l'appui de sa requête d'effet suspensif, R._____ (ci-après : la requérante) fait en substance valoir que l'exécution immédiate de l'ordonnance entreprise conduirait à un changement brusque dans les relations que H._____ entretient avec ses parents, tout en mentionnant que les parties exercent une garde alternée sur l'enfant depuis le mois de septembre 2018. Elle affirme par ailleurs qu'en cas d'admission de son appel, la situation factuelle et juridique de H._____ serait à nouveau modifiée si l'ordonnance était exécutée avant qu'un arrêt soit rendu, ce qui ne serait pas conforme aux intérêts de l'enfant et contraire à la stabilité qui doit être préconisée. Elle soutient également qu'aucun élément figurant au dossier ne laisserait craindre que le maintien du *statu quo* jusqu'à droit connu sur l'issue de l'appel soit contraire aux intérêts de l'enfant et en veut pour preuve le contenu du rapport du SPJ du 16 novembre 2018. Elle se prévaut finalement du fait que l'ordonnance l'autorise à demeurer dans le logement conjugal jusqu'au 15 janvier 2019 et qu'il serait contraire aux intérêts de H._____ d'être domiciliée à [...]

durant cette période, dès lors qu'on ignorerait si N._____ (ci-après : l'intimé) dispose d'un logement lui permettant d'accueillir sa fille.

5.1.2 De son côté, l'intimé relève que l'ordonnance entreprise constitue la première décision judiciaire fixant le cadre de la séparation des parties. Par conséquent, assortir l'appel de la requérante de l'effet suspensif plongerait à nouveau les parties dans une incertitude juridique propre à porter préjudice aux intérêts de H._____. Il rappelle par ailleurs que la requérante a reconnu avoir porté des coups à l'enfant prénommée et conteste avoir déclaré avoir donné des fessées à sa fille sous la forme de jeux. Il affirme également qu'il existerait un risque que la requérante quitte la Suisse avec H._____. Il fait finalement valoir que le déménagement de la requérante du logement conjugal ne serait pas susceptible de lui causer un préjudice difficilement réparable et conclut son argumentation par la communication de son adresse à Renens.

5.2 Selon l'art. 315 al. 4 let. b CPC (Code de procédure civile du 19 décembre 2008 ; RS 272), l'appel n'a pas d'effet suspensif lorsqu'il a pour objet des décisions portant sur 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 d'appel doit faire preuve de retenue et ne modifier la décision de première instance que dans des cas exceptionnels ; elle doit procéder à une pesée d'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 ; 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 dommage difficilement réparable au sens de l'art. 315 al. 5 CPC – de même que celui de l'art. 261 al. 1 let. b CPC – est principalement de nature factuelle ; il concerne tout préjudice, patrimonial ou immatériel et peut même résulter du seul écoulement du temps. 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 ; TF 5A_714/2016 du 30 janvier 2017 consid. 5).

Saisie d'une requête 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).

5.3 En l'espèce, force est tout d'abord de constater que l'ordonnance entreprise constitue la première décision de justice réglant la prise en charge de l'enfant des parties. Il ne s'agit dès lors pas de bouleverser une situation préexistante, mais de trancher l'attribution de la garde pour la première fois, dans un contexte où la prise en charge de l'enfant est fortement litigieuse. Contrairement à ce que soutient la

requérante, il ressort du rapport du SPJ du 16 novembre 2018 que le flou régnant autour de l'organisation de la prise en charge de H._____ nécessitait que la situation soit réglée urgemment. Il s'ensuit que le maintien du *statu quo*, soit l'absence de réglementation, préconisé par la requérante, apparaît comme étant contraire à l'intérêt de l'enfant.

On relèvera que depuis la séparation, H._____ a vu quotidiennement son père et que les parties ont toutes les deux allégué avoir mis en place une garde alternée provisoire depuis le mois de septembre 2018. Il n'apparaît dès lors pas que la prise en charge de H._____ par son père constitue un changement brusque dans ses relations avec ses parents, comme affirmé par la requérante. Dans ce contexte, le fait que la requérante conserve l'attribution du domicile conjugal n'est pas déterminant, ce d'autant moins que l'intimé dispose vraisemblablement d'un logement lui permettant d'accueillir H._____, compte tenu du système de garde alternée mis en place en septembre 2018, quand bien même l'adresse fournie par l'intimé n'a pas pu être vérifiée à ce stade.

Dans ces circonstances, sauf à rétablir le « flou » qui entourait la prise en charge de H._____ avant que l'ordonnance soit rendue, l'intérêt de l'enfant s'oppose à ce que l'exécution de l'ordonnance soit suspendue. On relèvera que les griefs des parties, notamment en lien avec les allégations de violences éventuelles, n'ont pas été analysés à ce stade et seront examinés dans le cadre de l'arrêt sur appel à intervenir, qui sera rendu à bref délai.

6. En définitive, la requête d'effet suspensif doit être rejetée.

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,
la juge déléguée de la Cour d'appel civile,
p r o n o n c e :

- I. La requête d'effet suspensif est rejetée.
- 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.

La juge déléguée :

La greffière :

Du

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

- Me Ismael Fetahi (pour R. _____),
- Me Véronique Fontana (pour N. _____),

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

- M. le Président 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).

La greffière :