

CHAMBRE DES RECOURS CIVILE

Arrêt du 4 février 2013

Présidence de M. CREUX, président
Juges : M. Colelough et Mme Crittin Dayen
Greffière : Mme Tchamkerten

Art. 265 al. 2, 273 al. 1, 319 let. c CPC

Statuant à huis clos sur le recours interjeté par **X.**_____, à Lausanne, intimé, contre l'ordonnance de mesures superprovisionnelles de l'union conjugale rendue le 6 décembre 2012 par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne dans la cause divisant le recourant d'avec **A.A.**_____, à Lausanne, requérante, la Chambre des recours civile du Tribunal cantonal voit :

En fait :

A. Par ordonnance de mesures superprovisionnelles de l'union conjugale du 6 décembre 2012, adressée pour notification aux parties le même jour, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne a autorisé A.A._____, sans le consentement de X._____, de se rendre au Brésil avec son fils B.A._____, né le 19 février 2009, et d'en ressortir (I), autorisé l'autorité compétente, sans le consentement de X._____, d'émettre un passeport en faveur de B.A._____, né le 19 février 2009 (II), maintenu pour le surplus les chiffres I à V de l'ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale du 26 octobre 2012 (III) et déclaré l'ordonnance immédiatement exécutoire (IV).

En droit, le premier juge a estimé que l'urgence à statuer était rendue vraisemblable.

B. Par acte du 18 décembre 2012, X._____ a déposé un recours pour retard injustifié et déni de justice, en prenant, sous suite de frais et dépens, les conclusions suivantes :

"A titre préliminaire :

I. Suspendre le caractère exécutoire de l'ordonnance de mesures superprovisionnelles rendue le 6 décembre 2012 par le Président du Tribunal d'arrondissement de Lausanne dans la cause divisant les époux X._____ et A.A._____.

A titre principal :

II. Constater le retard injustifié du Président du Tribunal d'arrondissement de Lausanne à fixer une audience de mesures provisionnelles dans la cause divisant les époux X._____ et A.A._____.

III. Constater la nullité de l'ordonnance de mesures superprovisionnelles rendue le 6 décembre 2012 par le Président du Tribunal d'arrondissement de Lausanne dans la cause divisant les époux X._____ et A.A._____, subsidiairement l'annuler et la mettre à néant.

IV. Ceci fait, rendre une nouvelle ordonnance de mesures superprovisionnelles en ce sens que :

Mme A.A. _____ est autorisée à se rendre au Brésil avec l'enfant B.A. _____, né le 19 février 2009, du 6 au 18 janvier 2013.

Subsidiairement à IV :

V. Renvoyer la cause au Président du Tribunal d'arrondissement de Lausanne pour nouvelle décision dans le sens des considérants."

A l'appui de son écriture, le recourant a produit un onglet de pièces sous bordereau.

Par décision rendue le 28 décembre 2012, après avoir recueilli les déterminations de l'intimée, le Président de la Cour de céans a rejeté la requête d'effet suspensif.

L'assistance judiciaire a été accordée aux deux parties pour la procédure de recours.

Invité par ordonnance du 28 décembre 2012 à donner son avis dans un délai échéant le 14 janvier 2013, le magistrat de première instance ne s'est pas manifesté.

C. La Chambre des recours retient les faits suivants :

X. _____ et A.A. _____ se sont mariés le 21 mai 2008 au Portugal. Un enfant, B.A. _____, né le 19 février 2009, est issu de cette union.

Le couple s'est séparé à la suite de difficultés conjugales. Lors d'une audience de mesures protectrices de l'union conjugale qui s'est tenue le 27 juillet 2012 devant le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne, X. _____ et A.A. _____ sont notamment convenus de vivre séparés jusqu'au 30 juin 2013 (I), de confier la garde de l'enfant B.A. _____ à la mère (II), d'octroyer au père un droit de visite à exercer un après-midi par semaine et le samedi tout le jour (III), et

d'attribuer la jouissance du logement conjugal à la mère (IV). Cette convention a été ratifiée par le Président pour valoir ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale.

Lors d'une audience de mesures protectrices de l'union conjugale qui s'est tenue le 24 octobre 2012, A.A._____ a pris l'engagement de ne pas quitter le territoire suisse sauf pour des vacances, dont elle aviserait à l'avance son avocate, qui se chargerait d'en informer le conseil de X._____.

Par ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale du 26 octobre 2012, le Président a prononcé en faveur d'A.A._____ une interdiction de périmètre à l'encontre de X._____ (I), dit que l'exercice du droit de visite du père sur son fils B.A._____ s'exercerait par l'intermédiaire du Point Rencontre deux fois par mois, pour une durée maximale de six heures (II), maintenu pour le surplus les chiffres I, II et IV de la convention du 27 juillet 2012, ratifiée pour valoir ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale (III), rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (IV) et déclaré l'ordonnance, rendue sans frais, immédiatement exécutoire (V). Par cette décision, le Président a notamment rejeté la requête de X._____ tendant à ce qu'une interdiction de quitter le territoire suisse en compagnie de l'enfant B.A._____ soit prononcée à l'encontre d'A.A._____ et à ce qu'ordre soit donné à la mère de l'enfant de déposer au greffe le passeport, la carte d'identité et tout autre document de voyage de celui-ci. Sur ce point, le Président relevait qu'il n'y avait pas de raison de s'opposer à ce qu'A.A._____ entreprenne des vacances en compagnie de l'enfant ni de croire qu'elle manquerait à l'engagement qu'elle avait pris en audience de ne pas quitter le territoire suisse sauf pour des vacances.

Cette ordonnance n'a pas été contestée par les parties.

Le 26 novembre 2012, l'avocate d'A.A._____ a informé le conseil de X._____ que sa mandante avait prévu de voyager au Brésil en compagnie de l'enfant B.A._____ du 31 décembre 2012 au 31 janvier

2013. Elle demandait ainsi que X._____ signe une autorisation pour l'émission d'un passeport de mineur et pour voyager au Brésil dans un délai au 30 novembre 2012.

Par lettre du 30 novembre 2012, le conseil de X._____ a répondu qu'un voyage d'une durée de deux semaines était mieux proportionné à la situation et compatible avec le droit de visite du père, invitant ainsi A.A._____ à revoir son projet de voyage.

Le 5 décembre 2012, A.A._____ a saisi le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne d'une requête de mesures protectrices de l'union conjugale dont les conclusions, prises sous suite de frais et dépens, sont les suivantes :

"A titre principal :

- I.- Autorisation remplaçant le consentement de X._____ est donnée à A.A._____ de se rendre au Brésil avec son fils B.A._____, né le 19 février 2009, et d'en ressortir.
- II.- Autorisation remplaçant le consentement de X._____ est donnée à l'autorité compétente d'émettre un passeport en faveur de l'enfant B.A._____, né le 19 février 2009.
- III.- Au surplus, les chiffres I à V de l'Ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale du 26 octobre 2012 sont maintenus.

Subsidiairement :

- I.- Ordre est donné à X._____, sous la menace de la peine prévue à l'art. 292 CP, de signer immédiatement le document intitulé «Autorização para emissão de passaporte de menor / Autorização de viagem do Brasil para o exterior inserida no passaporte do (a), menor» qu'il a reçu par courrier du conseil soussigné du 26 novembre 2012, de faire légaliser sa signature chez un notaire et retourner ce document à A.A._____, avant le 25 décembre."

Dans le courrier accompagnant cette requête, le conseil d'A.A._____ précisait que, pour le cas où une audience ne pouvait être appointée rapidement, soit dans les prochains jours, elle requérait qu'il soit statué sur la conclusion II par le biais des mesures superprovisionnelles.

En droit :

- 1.** Le recours est formé pour retard injustifié et déni de justice.

Aux termes de l'art. 319 let. c CPC (Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008, RS 272), le recours est recevable contre le retard injustifié du tribunal. La notion de retard injustifié de l'art. 319 let. c CPC est la même qu'aux art. 94 et 100 al. 7 LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral, RS 173.110; Tappy, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, in JT 2010 III 115, p. 153), lesquels posent comme critère le délai raisonnable au sens de l'art. 29 al. 1 Cst. (Constitution fédérale du 18 avril 1999, RS 101; Corboz, Commentaire de la LTF, 2009, n. 10 ad art. 94 LTF, p. 916).

Le retard injustifié couvre l'absence de décision constitutive de déni de justice formel (Freiburghaus/Afheldt, in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zurich-Bâle-Genève 2010, n. 17 ad art. 319 CPC, p. 2095).

Le recours pour retard injustifié peut être formé en tout temps (art. 321 al. 4 CPC).

- 2.** **a)** Le recourant fait valoir que son recours vise à faire reconnaître le retard injustifié du premier juge à fixer une audience ou à lui impartir un délai pour se déterminer, puis à rendre une ordonnance de mesures provisoires sujette à recours, comme exigé par l'art. 265 al. 2 CPC, et ce malgré l'extrême urgence qui caractérise le dossier. Selon lui, si l'ordonnance de mesures superprovisionnelles est maintenue telle quelle, le risque est grand que l'intimée A.A. _____ emmène l'enfant au Brésil, privant dès lors pour longtemps le recourant de son droit à des relations

personnelles avec son enfant sans pouvoir arguer d'un enlèvement international.

b) Aux termes de l'art. 265 CPC, en cas d'urgence particulière, notamment s'il y a risque d'entrave à leur exécution, le tribunal peut ordonner des mesures provisionnelles immédiatement, sans entendre la partie adverse (al. 1). Le Tribunal cite en même temps les parties à une audience qui doit avoir lieu sans délai ou impartit à la partie adverse un délai pour se prononcer par écrit. Après avoir entendu la partie adverse, le tribunal statue sur la requête sans délai (al. 2). Dans le cadre des mesures protectrices de l'union conjugale, la tenue d'une audience est en principe obligatoire. Le tribunal ne peut y renoncer que s'il résulte des allégués des parties que l'état de fait est clair ou incontesté (art. 273 al. 1 CPC).

Le CPC ne prévoit ni appel ni recours contre les ordonnances de mesures superprovisionnelles et ceci même lorsque la partie adverse n'a pas été entendue (art. 265 al. 1 CPC; ATF 137 III 417 et les réf. citées; Tappy, CPC commenté, Bâle 2011, n. 16 ad art. 273 CPC). La procédure prévue à l'art. 265 al. 2 CPC, qui impose au juge de statuer sans délai, garantit un réexamen rapide de la décision et constitue ainsi la voie de droit contre cette décision (cf. ATF 137 III 417 et les réf. citées).

c) Dans le cas d'espèce, à la suite de l'ordonnance de mesures superprovisionnelles rendue le 6 décembre 2012, le Président n'a fixé aucune audience, alors que les conditions de l'art. 273 al. 1 CPC n'étaient pas réunies, ce qui constitue un déni de justice.

A supposer que la décision ne concerne que la période des vacances de Noël 2012, ce qui paraît être le cas au vu des conclusions de la requête de mesures protectrices de l'union conjugale, la fixation d'une audience n'aurait plus de sens aujourd'hui, cette période étant passée et le retour de l'intimée prévu pour le 31 janvier 2013. Sous cet angle, l'intérêt digne de protection du recourant (cf. art. 59 al. 2 let. a CPC) à obtenir la constatation d'un déni de justice et la fixation d'une audience de mesures protectrices de l'union conjugale paraît douteux.

Cela étant, ni le dispositif de l'ordonnance de mesures superprovisionnelles ni ses considérants n'apportent une précision temporelle ou contextuelle à l'autorisation donnée à la mère de se rendre au Brésil avec son fils B.A._____. Telle qu'elle est formulée, cette ordonnance peut être interprétée en ce sens que l'intimée est autorisée à quitter la Suisse avec l'enfant à d'autres périodes que celle de Noël 2012. L'intérêt du recourant à interjeter un recours pour déni de justice doit dès lors être retenu.

Il y a ainsi lieu d'admettre le recours et d'inviter le premier juge à convoquer sans délai les parties à une audience de mesures protectrices de l'union conjugale, aux fins de statuer sur la requête de mesures protectrices de l'union conjugale déposée le 5 décembre 2012.

3. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 300 fr. (art. 73 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010, RSV 270.11.5]), seront laissés à la charge de l'Etat.

Les conseils respectifs des parties ont déposé leur liste des opérations. L'avocat Nicolas Rouiller, conseil d'office du recourant, a indiqué avoir personnellement consacré quatre heures de travail à la procédure et que les opérations accomplies par l'avocat-stagiaire de son étude représentent onze heures de travail, ce qui paraît excessif au regard des opérations accomplies. Au vu de la nature du litige et de ses difficultés, une indemnité d'honoraires de 1'296 fr., TVA comprise, correspondant à trois heures de travail au tarif avocat (art. 2 al. 1 let. a RAJ [règlement sur l'assistance judiciaire en matière civile du 7 décembre 2010, RSV 211.02.3]) plus six heures de travail au tarif avocat-stagiaire paraît suffisante pour rémunérer équitablement le conseil d'office du recourant. A cela s'ajoute un montant de 108 fr., TVA comprise, pour le remboursement des débours.

L'avocate Sofia Arsénio a indiqué avoir consacré trente minutes à la procédure de recours tandis que l'avocat-stagiaire de son étude y a consacré deux heures et vingt minutes. De plus, cette avocate a indiqué avoir encouru 29 fr. de débours. L'indemnité d'office peut ainsi être arrêtée à 373 fr. 40, TVA et débours compris.

Les bénéficiaires de l'assistance judiciaire sont, dans la mesure de l'art. 123 CPC, tenus au remboursement de l'indemnité de leur conseil d'office mise à la charge de l'Etat.

Par ces motifs,
la Chambre des recours civile du Tribunal cantonal,
statuant à huis clos,
p r o n o n c e :

- I. Le recours est admis.
- II. Il est enjoint au Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne de convoquer sans délai les parties à une audience de mesures protectrices de l'union conjugale aux fins de statuer sur la requête déposée le 5 décembre 2012 par A.A._____.
- III. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 300 fr. (trois cents francs), ainsi que l'indemnité d'office de Me Nicolas Rouiller conseil de la recourante, arrêtée à 1'404 fr. (mille quatre cent quatre francs), et l'indemnité d'office de Me Sofia Arsénio, conseil de l'intimée, arrêtée à 373 fr. 40 (trois cent septante-trois francs et quarante centimes), sont laissés à la charge de l'Etat.

IV. Les bénéficiaires de l'assistance judiciaire sont, dans la mesure de l'art. 123 CPC, tenus au remboursement de l'indemnité de leur conseil d'office mise à la charge de l'Etat.

V. L'arrêt est exécutoire.

Le président :

La greffière :

Du

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié à :

- Me Nicolas Rouiller, avocat (pour le recourant X. _____),
- Me Sofia Arsénio, avocate (pour l'intimée A.A. _____).

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).

Cet arrêt est communiqué, par l'envoi de photocopies, à :

- M. le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne.

La greffière :