

JUGE DELEGUE DE LA COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 4 octobre 2011

Présidence de Mme BENDANI, juge délégué
Greffier : Mme Egger Rochat

* * * * *

Art. 307 al. 3 CC ; 261 al. 1, 308 al. 1 let. b, 310, 314 al. 1, 405 al. 1 CPC

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **I.**_____, à [...], intimée, contre l'ordonnance de mesures provisionnelles rendue le 18 août 2011 par le Président du Tribunal d'arrondissement de Lausanne dans la cause divisant l'appelante d'avec **A.J.**_____, à [...], requérant, le juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

En fait :

A. Par ordonnance de mesures provisionnelles du 18 août 2011, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne a fait interdiction à I. _____ de quitter la Suisse avec sa fille B.J. _____, née le [...] 2007, sous la menace de la peine d'amende prévue à l'art. 292 CP en cas d'insoumission à une décision de l'autorité (I) et lui a donné ordre de déposer le passeport et la carte d'identité de sa fille B.J. _____ au greffe du Tribunal, sous la menace de la peine d'amende prévue à l'art. 292 CP en cas d'insoumission à une décision de l'autorité (II).

En droit, le premier juge a constaté qu'une grande tension existait entre les parties, celles-ci étant incapables de se faire confiance. Il a ainsi fait droit aux conclusions du requérant, celui-ci craignant que son épouse ne revienne pas, en raison de ses attaches familiales à l'étranger.

B. Par acte motivé du 29 août 2011, I. _____ a déposé un appel contre cette ordonnance. Elle a conclu, principalement, à la réforme de cette décision en ce sens qu'elle est autorisée à quitter la Suisse pour passer des vacances à l'étranger avec sa fille et à récupérer le passeport et la carte d'identité de son enfant. Subsidiairement, elle a demandé l'annulation des chiffres I et II de l'ordonnance entreprise et le renvoi de la cause à l'autorité inférieure.

L'intimé a conclu, avec suite de frais et dépens, au rejet de l'appel.

Par décision du 15 septembre 2011, l'autorité de céans a accordé l'assistance judiciaire à l'appelante.

Par courrier du 3 octobre 2011, le conseil de l'appelante a déposé sa liste des opérations effectuées dans le cadre de la présente procédure.

C. Le juge délégué retient les faits suivants, sur la base de l'ordonnance attaquée complétée par les pièces du dossier :

1) Les parties vivent séparées depuis le 16 septembre 2006.

De leur union est née B.J._____, le 6 février 2007.

Elles sont en instance de divorce depuis le 30 janvier 2009 dans le cadre d'une procédure avec demande unilatérale. Chaque partie requiert l'attribution de l'autorité parentale et la garde de l'enfant.

2) Il ressort des témoignages qu'une grande tension demeure entre les parties, incapables de se faire confiance.

L'intimée étant originaire du Maroc, où elle conserve des attaches familiales sa mère vivant là-bas, le requérant craint, qu'en cas de départ pour l'étranger, son épouse ne revienne pas. Selon les déclarations de ce dernier, l'intimée a, à plusieurs reprises, affirmé son intention de rentrer dans son pays d'origine avec sa fille ou de la placer là-bas, avant de revenir seule en Suisse. A ce propos, une lettre de [...], datée du 14 juin 2011, mentionne que l'intimée lui a précisé qu'elle ferait tout son possible pour priver le requérant de voir sa fille.

Selon les déclarations de l'intimée, elle a toujours vécu auprès de son père, en Suisse, où elle a son cercle d'amis et où elle bénéficie de l'aide sociale. Elle n'aurait pas du tout l'intention de quitter la Suisse. Elle a d'ailleurs obtenu son baccalauréat en été 2006 et, depuis le 14 septembre 2009, suit une formation au sein de la filière soins infirmiers auprès de la [...], d'une durée de quatre ans.

3) Par requête de mesures provisionnelles du 14 juin 2011, A.J._____ a conclu, avec suite de frais et dépens, à titre prévisionnel et provisionnel, à ce qu'interdiction soit faite à l'intimée de quitter la Suisse avec sa fille, sous la menace des peines d'amende prévues à l'art.

292 CP en cas d'insoumission à une décision de justice (I), et à ce qu'obligation soit faite à la requérante de déposer son passeport au greffe du tribunal de céans, également sous la menace des peines d'amende prévues à l'art. 292 CP en cas d'insoumission à une décision de justice (II).

Par requête du même jour, I. _____ a conclu, avec suite de dépens, au rejet des conclusions prises par A.J. _____ et à ce qu'interdiction soit faite à celui-ci de s'approcher à moins de cent mètres de son épouse (II).

Par ordonnance de mesures préprovisionnelles rendue le 14 juin 2011, interdiction a été faite à I. _____ de quitter la Suisse avec sa fille et ordre lui a été donné de déposer son passeport au greffe du Tribunal d'arrondissement de Lausanne, sous la menace des peines d'amende prévues à l'art. 292 CP en cas d'insoumission à une décision de justice.

En cours d'audience du 14 juillet 2011, le requérant a modifié sa conclusion II en ce sens que l'intimée soit obligée de déposer le passeport et la carte d'identité de leur fille B.J. _____, sous la menace des peines d'amende prévues à l'art. 292 CP en cas d'insoumission à une décision de justice.

L'intimée a retiré la conclusion II de sa requête, vu la convention signée entre les parties à dite audience.

En droit :

1. L'ordonnance attaquée a été rendue le 18 août 2011, de sorte que les voies de droit sont régies par le CPC (Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2011 ; RS 272) entré en vigueur le 1er janvier 2011 (art. 405 al. 1 CPC).

2. L'appel est recevable contre une ordonnance de mesures provisionnelles (art. 308 al. 1 let. b CPC), dans les causes non patrimoniales ou dont la valeur litigieuse au dernier état des conclusions devant l'autorité inférieure est supérieure à 10'000 fr. (art. 308 al. 2 CPC). S'agissant d'une décision portant à la fois sur des conclusions non patrimoniales et patrimoniales pour moins de 10'000 fr., l'appel est recevable pour le tout, par attraction (Tappy, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, JT 2010 III 126). Les ordonnances de mesures provisionnelles étant régies par la procédure sommaire, selon l'art. 248 let. d CPC (et selon l'art. 271 CPC par renvoi de l'art. 276 CPC pour les procédures matrimoniales), le délai pour l'introduction de l'appel est de dix jours (art. 314 al. 1 CPC).

Formé en temps utile par une partie qui y a intérêt et portant sur des conclusions non patrimoniales, le présent appel est recevable.

3. L'appel peut être formé pour violation du droit ou pour constatation inexacte des faits (art. 310 CPC). L'autorité d'appel peut revoir l'ensemble du droit applicable, y compris les questions d'opportunité ou d'appréciation laissées par la loi à la décision du juge, et doit le cas échéant appliquer le droit d'office conformément au principe général de l'art. 57 CPC. Elle peut revoir librement l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance. Le large pouvoir d'examen en fait et en droit ainsi défini s'applique même si la décision attaquée est de nature provisionnelle (JT 2011 III 43 c. 2 et les références citées).

Les faits et moyens de preuve nouveaux ne sont pris en compte que s'ils sont invoqués ou produits sans retard et ne pouvaient être invoqués ou produits devant la première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise, ces deux conditions étant cumulatives (art. 317 CPC). Il appartient à l'appelant de démontrer que ces conditions sont réalisées, de sorte que l'appel doit indiquer

spécialement de tels faits et preuves nouveaux et motiver spécialement les raisons qui les rendent admissibles selon lui (JT 2011 III 43 c. 2 et les références citées).

L'appelante a requis l'audition de deux témoins dans le cadre de la présente procédure. Elle n'a toutefois ni allégué, ni démontré que les conditions exposées ci-dessus seraient réunies pour administrer ces nouveaux moyens, ni que ceux-ci s'imposeraient dans le cadre de l'instruction d'office.

4. a) L'appelante demande à pouvoir passer des vacances à l'étranger avec son enfant et à récupérer les papiers d'identité de sa fille.

L'intimé s'y oppose, expliquant que l'appelante le menace d'emmener sa fille au Maroc où elle la laisserait avant de rentrer elle-même en Suisse.

ba) Le droit de garde est une composante de l'autorité parentale. Il consiste en la compétence de déterminer le lieu de résidence et le mode d'encadrement de l'enfant. En ce qui concerne le domicile légal dérivé de l'enfant, l'art. 25 al. 1 CC (Code civil suisse du 10 décembre 1907 ; RS 210) prévoit que, lorsque les parents vivent séparés, l'enfant a pour domicile celui du parent qui a le droit de garde. Pour le surplus, le titulaire du droit de garde est responsable de l'encadrement quotidien, des soins et de l'éducation de l'enfant. A ce sujet, on parle aussi de garde de fait ("faktische Obhut"), qui recouvre partiellement la notion précitée. La jurisprudence n'opère généralement pas de distinction entre droit de garde et garde de fait, mais parle le plus souvent de garde, ce qui recouvre l'ensemble des questions juridiques qui y sont liées (choix du domicile, soins quotidiens, entretien et éducation). Lorsque la garde est attribuée à l'un des deux parents, celui qui participe à l'autorité parentale restreinte partage pour l'essentiel un droit de co-décision par rapport aux questions les plus importantes pour la planification de la vie de l'enfant. Cela sous-entend - toujours du point de

vue des décisions de principe - la question du prénom (cf. art. 304 al. 4 CC), la formation générale et professionnelle (cf. art. 302 CC), le choix de l'éducation religieuse (cf. art. 303 CC), les interventions médicales et autres orientations déterminantes c'est-à-dire propres à influencer le cours de la vie de l'enfant, comme, par exemple, la pratique d'un sport à haut niveau (ATF 136 III 353 c. 3).

Sous réserve d'abus de droit, le titulaire de la garde exclusive est fondé à déménager avec les enfants, et même à l'étranger, sans devoir obtenir pour cela l'autorisation du juge. L'exercice de l'autorité parentale, comme du droit de garde qui en est une composante, doit toutefois poursuivre en toutes circonstances le bien de l'enfant (cf. art. 301 al. 1 CC). Si ce bien est menacé et que les parents n'y remédient pas d'eux-mêmes, ou s'ils sont hors d'état de le faire, l'autorité tutélaire - respectivement le juge des mesures protectrices de l'union conjugale ou le juge compétent pour ordonner les mesures de protection de l'enfant (cf. art. 315a al. 1 CC) - prend les dispositions adéquates pour la protection de l'enfant. Font partie de ces mesures, à l'échelon inférieur de la gradation en gravité, la mesure la plus faible, à savoir les indications ou instructions prévues par l'art. 307 al. 3 CC qui peuvent concerner tous les domaines de l'activité parentale tout en respectant les maximes de la subsidiarité, de la complémentarité et de la proportionnalité. Les intérêts de l'enfant étant soumis à la maxime officielle, l'autorité de tutelle ou le juge saisi peut prendre d'office des mesures au sens des art. 307ss CC, mais cela se fait généralement sur requête de l'un des parents (ATF 136 III 353 c. 3).

En ce qui concerne le déménagement, l'époux titulaire du droit de garde peut se voir interdire d'emmener l'enfant hors du pays, en vertu d'instructions au sens de l'art. 307 al. 3 CC, pour autant que le bien de l'intéressé soit gravement menacé par ce déménagement. Sur ce point, il faut d'emblée préciser que les difficultés initiales d'intégration et/ou l'obstacle linguistique ne constituent normalement pas une grave menace du bien de l'enfant. Ces difficultés sont, dans une mesure variable, inhérentes à tout changement de domicile et ne surviennent pas

uniquement dans l'hypothèse d'un déménagement à l'étranger mais aussi lors de l'installation dans une autre région du pays. Elles se produiraient, enfin, d'une façon sensiblement identique si non seulement le titulaire du droit de garde mais toute la famille était d'accord de déménager. En conséquence, il n'y aura que très rarement de menace sérieuse du bien de l'enfant lorsque celui-ci est encore très jeune, mais même pour des enfants plus âgés; le simple fait de la scolarisation au nouveau domicile ne constitue pas, en soi, un motif d'empêchement, car cela signifierait sans cela en fin de compte que les familles avec enfants scolarisés ne pourraient plus changer de domicile ou que, si elles le faisaient, l'autorité tutélaire devrait chaque fois intervenir d'office; la fixité du domicile familial lorsqu'il y a des enfants scolarisés serait toutefois en contradiction avec la réalité sociale (ATF 136 III 353 c. 3).

Ce qui précède peut s'appliquer *mutatis mutandis* au droit de visite. Il est certes vrai que la difficulté, non pas juridique mais simplement pratique, d'exercer ce droit s'accroît proportionnellement à la distance qui sépare les intéressés. Cela ne constitue pas, toutefois, un motif en soi d'interdire à l'époux séparé titulaire exclusif du droit de garde de déménager à l'étranger, du moins si des relations personnelles avec l'autre parent restent possibles à l'avenir et si le déménagement est objectivement fondé. Il serait inadmissible, même en situation normale, d'imposer à celui des parents qui assume tout le poids de l'éducation des enfants le devoir de fait de résider à proximité de l'autre parent qui n'a qu'un droit de visite et donc d'interdire au premier de déménager même à l'intérieur de la Suisse. Il est préférable de tenir compte d'une distance importante séparant les domiciles en adaptant la réglementation des relations personnelles et en aménageant, par exemple, des week-ends moins fréquents mais plus longs (dans la mesure du possible, notamment lorsque les enfants sont scolarisés), ou en accordant un droit plus étendu pour les vacances afin de compenser des week-ends de visite plus espacés (ATF 136 III 353 c. 3).

Des instructions données sur la base de l'art. 307 CC et interdisant à l'époux seul titulaire du droit de garde un déménagement à

l'étranger ou dans une autre région du pays ne se justifient, par conséquent, que lorsqu'un tel déplacement menacerait le bien de l'enfant. Il faut songer, par exemple, au cas où l'enfant souffre d'une pathologie pour laquelle les traitements médicaux nécessaires ne pourraient lui être administrés dans le nouveau pays de résidence envisagé; ou à l'hypothèse d'un enracinement très fort de l'enfant en Suisse alors qu'il n'aurait pratiquement pas de lien avec le nouveau pays; ou encore au cas où l'enfant est proche de sa majorité et où l'on pourrait prévoir que, aussitôt celle-ci atteinte, il reviendrait en Suisse. En ce qui concerne surtout les enfants plus âgés, leur avis, exprimé dans le cadre de l'audition, jouera un rôle important. Il faut au demeurant bien reconnaître que, lorsqu'on évoque une menace du bien de l'enfant, on pense plutôt à une attribution du droit de garde à l'autre parent, si bien que la question des instructions prévues à l'art. 307 CC ne se pose même pas (ATF 136 III 353 c. 3).

bb) Aux termes de l'art. 261 al. 1 CPC, le tribunal ordonne les mesures provisionnelles nécessaires lorsque le requérant rend vraisemblable qu'une prétention dont il est titulaire remplit les conditions suivantes. Elle est l'objet d'une atteinte ou risque de l'être (let. a) ; cette atteinte risque de lui causer un préjudice difficilement réparable (let. b).

Dans le cadre des mesures provisionnelles, le juge peut se limiter à la vraisemblance des faits et à l'examen sommaire du droit, en se fondant sur les moyens de preuve immédiatement disponibles, tout en ayant l'obligation de peser les intérêts respectifs du requérant et de l'intimé (cf. Hohl, Procédure civile, 2^e éd. 2010, n. 1771 ss p. 324). Le juge doit procéder à la mise en balance des intérêts contradictoires, c'est-à-dire à l'appréciation des désavantages respectifs pour le requérant et pour l'intimé, selon que la mesure requise est ordonnée ou refusée. L'examen du droit et la pesée des intérêts en présence ne s'excluent pas: le juge doit pondérer le droit présumé du requérant à la mesure avec les conséquences irréparables que celle-ci peut entraîner pour l'intimé (Hohl, *op. cit.*, n. 1780 p. 326; Bohnet, CPC Commenté, 2011, n. 17 *ad* art. 261 CPC).

bc) L'intimé craint que l'appelante aille s'installer au Maroc avec leur enfant. Au regard des éléments du dossier, cette hypothèse est toutefois très peu vraisemblable. En effet, selon ses déclarations, l'appelante a toujours vécu en Suisse, où elle a son cercle d'amis et bénéficie de l'aide sociale. Par ailleurs, ayant la garde de l'enfant, l'appelante est libre, sous réserve de l'abus de droit, de s'établir à l'étranger.

Cependant, l'intimé explique également que l'appelante le menace régulièrement d'emmener sa fille au Maroc où elle la laisserait chez sa mère, avant de rentrer toute seule en Suisse. Cette hypothèse n'est pas exclue au regard des éléments du dossier. En effet, d'une part, le père a, à plusieurs reprises, affirmé que son épouse avait montré son intention de placer l'enfant là-bas avant de revenir en Suisse. D'autre part, une lettre de [...], datée du 14 juin 2011, mentionne que l'appelante lui a précisé qu'elle fera tout son possible pour priver l'intimé de voir sa fille. De plus, les relations entre les parties sont très tendues, comme cela ressort du dossier de la cause et des déclarations des témoins entendus aux débats de première instance. Par ailleurs, ils se battent désormais également pour l'attribution de l'autorité parentale et la garde de leur enfant. Enfin, l'appelante a effectivement des attaches au Maroc, dès lors que sa mère y vit.

Sur la base de l'ensemble de ces éléments, on ne saurait écarter les allégations de l'intimé quant à un déplacement de l'enfant au Maroc. Or, le départ et l'installation de B.J. _____ au Maroc, chez la mère ou dans la famille de l'appelante, sans la présence de son père ou de sa mère, serait de tout évidence préjudiciable à ses intérêts. Par ailleurs, un tel procédé serait constitutif d'un abus de droit, dès lors qu'il serait uniquement destiné à compromettre les relations personnelles entre l'enfant et son père.

Dans ces conditions, on doit admettre que c'est à juste titre que le premier juge a interdit à l'appelante de quitter la Suisse avec sa

filles et lui a demandé de déposer le passeport et la carte d'identité de B.J. _____ au greffe.

5. Au vu de ce qui précède, l'appel doit être rejeté et l'ordonnance entreprise confirmée.

6. L'appelante ayant obtenu le bénéfice de l'assistance judiciaire, les frais de deuxième instance, fixés à 600 fr. (six cents francs) (art. 65 al. 2 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010 ; RSV 270.11.5]), sont mis à la charge de l'Etat (art. 122 al. 1 let. b CPC ; RS 272).

Comme indiqué dans la liste des opérations produite par le conseil de l'appelante, on peut fixer à 6 heures et 47 minutes le temps consacré par celui-ci à l'accomplissement des opérations de la procédure d'appel. Le tarif horaire de l'avocat étant de 180 fr. (art. 2 al. 1 let. a RAJ [règlement du 7 décembre 2010 sur l'assistance judiciaire en matière civile ; RSV 211.02.3]), l'indemnité due au conseil d'office de l'appelante doit être arrêtée à 1'358 fr. , TVA et débours estimés à 100 fr. compris $[(6,47 \times 180) + (1'165 \times 8\%)] + 100$.

Conformément à l'art. 123 al. 1 CPC, une partie est tenue de rembourser l'assistance judiciaire dès qu'elle est en mesure de le faire. Dans cette mesure, la partie est tenue au remboursement des frais judiciaires et de l'indemnité de son conseil d'office mis à la charge de l'Etat.

L'appelante ayant succombé, des dépens de deuxième instance, arrêtés à 400 fr. (quatre cents francs), sont mis à sa charge en faveur de l'intimé (art. 95 al. 3 let. b et 106 al. 1 CPC ; art. 37 al. 2 CDPJ [Code de droit privé judiciaire vaudois du 12 janvier 2010 ; RSV 211.01]).

Par ces motifs,
le juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal,
statuant à huis clos,
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 laissés à la charge de l'Etat.
- IV.** L'indemnité d'office de Me Jérôme Campart, conseil de l'appelante, est arrêtée à 1'358 fr. (mille trois cent cinquante-huit francs), TVA et débours compris.
- V.** Le bénéficiaire de l'assistance judiciaire est, dans la mesure de l'art. 123 CPC, tenu au remboursement des frais judiciaires et de l'indemnité au conseil d'office mis à la charge de l'Etat.
- VI.** L'appelante I. _____ doit verser à l'intimé A.J. _____ la somme de 400 fr. (quatre cent francs), à titre de dépens de deuxième instance.
- VII.** L'arrêt motivé est exécutoire.

Le juge délégué :

Le greffier :

Du 5 octobre 2011

Le dispositif de l'arrêt qui précède est communiqué par écrit aux intéressés.

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 Jérôme Campart (pour I. _____),
- Me Eric Stauffacher (pour A.J. _____).

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 :