

JUGE DELEGUÉ DE LA COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 14 juillet 2011

Présidence de M. KRIEGER, juge délégué
Greffière : Mme Tchamkerten

Art. 273 al. 1 CC

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **V.B**_____, à Lausanne, intimée, contre l'ordonnance de mesures provisionnelles rendue le 22 juin 2011 par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne dans la cause divisant l'appelante d'avec **U.B**_____, à Paudex, requérant, le juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

En fait :

A. Par ordonnance du 22 juin 2011, notifiée au conseil de l'appelante le 23 juin suivant, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne a admis la requête de mesures provisionnelles du 9 juin 2011 déposée par U.B._____ (I), dit que le droit de visite du requérant sur sa fille J.B._____ durant les vacances d'été 2011 s'exercera du 1^{er} août au 21 août 2011 (II), dit que lors de l'exercice de son droit de visite, le requérant est autorisé à emmener sa fille à l'étranger (III), dit que les frais et dépens de la procédure provisionnelle suivront le sort de la cause au fond (IV) et déclaré l'ordonnance immédiatement exécutoire, nonobstant appel (V).

En droit, procédant à une balance des intérêts en présence sous l'angle du bien de l'enfant, le premier juge a considéré qu'il y avait lieu de permettre à U.B._____ d'exercer son droit de visite sur sa fille J.B._____ du 1^{er} août au 21 août 2011 et d'emmener celle-ci à l'étranger.

B. Par appel motivé déposé le 1^{er} juillet 2011, V.B._____ a conclu, avec suite de frais et dépens, à la recevabilité de l'appel et à l'annulation de l'ordonnance de mesures provisionnelles rendue le 22 juin 2011 par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne (I et II), le droit de visite de U.B._____ sur sa fille J.B._____ s'exerçant durant les vacances d'été, du 8 au 19 août 2011, celui-ci n'étant pas autorisé à emmener l'enfant hors de Suisse (III). Elle a requis d'être mise au bénéfice de l'assistance judiciaire, joignant à sa requête un bordereau de pièces attestant de sa situation financière précaire.

L'intimé U.B._____ n'a pas été invité à se déterminer.

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

1. U.B_____, né le [...] 1985, et V.B_____, née [...] le [...] 1983, tous deux de nationalité portugaise, se sont mariés le [...] 2007 dans leur pays d'origine.

Une enfant est issue de cette union, J.B_____, née le [...] 2006.

2. Les parties ont engagé une procédure de divorce le 3 décembre 2009. A l'audience de mesures provisionnelles du 23 février 2010, les parties ont signé une convention, ratifiée sur le siège pour valoir ordonnance, qui prévoyait en particulier que la garde de l'enfant était confiée à sa mère et fixait le droit de visite du père sur sa fille.

Le 4 mai 2010, lors d'une audience de conciliation, les parties ont conclu une convention partielle sur les effets du divorce, dont le chiffre II prévoyait que le droit de visite du père sur sa fille s'exercerait notamment durant la moitié des vacances scolaires. Sous chiffre V, les parties sont convenues d'appliquer à titre provisionnel les modalités relatives à l'exercice du droit de visite. Cette convention a été ratifiée par le Président, par ordonnance de mesures provisoires du 17 mai 2010.

Depuis le 3 mai 2011, l'intimé exerce une activité dans le cadre d'un programme d'emploi temporaire qui prendra fin le 29 juillet 2011. Il bénéficie d'indemnités de chômage.

3. En date du 21 mai 2011, U.B_____ a interpellé l'appelante, par le biais de son conseil, au sujet de l'exercice de son droit de visite durant les vacances d'été ; il souhaitait avoir sa fille auprès de lui du 1^{er} août au 21 août 2011. Le 27 mai 2011, par l'intermédiaire de son

conseil, l'intimée s'est opposée à cette idée, en raison notamment du fait que les grands-parents maternels de l'enfant avaient prévu de venir en Suisse pendant cette période pour s'occuper de leur petite-fille. Elle a précisé que le voyage était déjà planifié et les billets d'avion achetés.

Afin de tenir compte du planning de l'appelante, l'intimé lui a proposé, toujours par l'intermédiaire de son conseil, d'exercer son droit de visite du 22 juillet au 7 août 2011. V.B._____ s'est opposée à cette nouvelle proposition, au motif que les grands-parents maternels avaient pris leurs billets d'avion à partir du 20 juillet 2011. Elle a proposé à l'intimé d'exercer son droit de visite durant deux semaines, à prendre pendant les trois premières semaines de juillet. Elle déclarait en outre être réservée à l'idée que l'intimé se rende à l'étranger avec leur fille, en raison du jeune âge de cette dernière.

Par requête de mesures provisionnelles et d'extrême urgence du 9 juin 2011, U.B._____ a conclu à ce qu'autorisation lui soit donnée d'exercer son droit de visite sur sa fille J.B._____ du 1^{er} août au 21 août 2011 (I) et de l'emmener à l'étranger (II). Par décision du 14 juin 2011, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne a rejeté la requête de mesures d'extrême urgence.

L'audience de mesures provisoires a eu lieu le 17 juin 2011, en présence des parties, assistées de leurs conseils.

U.B._____ a confirmé qu'il souhaitait exercer son droit de visite aux dates indiquées dans sa requête, dans la mesure où son programme d'emploi temporaire se terminait à la fin du mois de juillet 2011. Il a précisé que l'appelante avait organisé le voyage des grands-parents maternels sans l'en informer au préalable.

V.B._____ a confirmé s'opposer à ce que l'intimé exerce son droit de visite du 1^{er} août au 21 août 2011. Elle a déclaré avoir réservé et payé elle-même les billets d'avion de ses parents en date du 1^{er} mai 2011, lesquels lui rendraient visite en Suisse du 20 juillet au 7 août 2011. Ces

derniers résidaient au Portugal et ne passeraient que trois semaines en Suisse ; elle souhaitait dès lors qu'ils profitent de leur petite-fille et s'opposait à ce que l'enfant parte à l'étranger avant le 7 août 2011.

En outre, l'appelante a précisé ne pas avoir informé l'intimé des réservations précitées car elle n'en voyait pas l'utilité; puisque celui-ci n'avait pas d'emploi fixe, il n'avait pas besoin de s'organiser à l'avance pour ses vacances.

Concernant l'enfant J.B_____, l'appelante a déclaré ne pas être inquiète à l'idée que celle-ci se rende à l'étranger avec son père. Elle estimait toutefois qu'au vu de son jeune âge, l'enfant ne devait pas être séparée de sa mère pendant plus de deux semaines. Elle a précisé que sa fille ne présentait aucun problème particulier, notamment qu'elle mangeait seule et ne portait plus de couches.

En droit :

1. a) L'ordonnance ayant été rendue le 22 juin 2011, les dispositions du CPC (Code de procédure civile du 19 décembre 2008; RS 272) sont applicables au présent litige (Tappy, Le droit transitoire applicable lors de l'introduction de la nouvelle procédure civile unifiée, JT 2010 III 11, pp. 30 et 33) et la Cour d'appel civile, plus précisément le juge unique, est compétent (art. 84 al. 2 LOJV [loi vaudoise d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979; RSV 173.01]) pour statuer sur la présente cause.

b) 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 est supérieure à 10'000 fr. (art. 308 al. 2 CPC; Tappy, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, JT 2010 III 115, p. 125). Les ordonnances de mesures provisionnelles étant régies par la procédure sommaire, selon les art. 248 let. d et 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 un intérêt et portant sur des conclusions non patrimoniales, le présent appel est recevable.

2. a) Les conclusions ne peuvent être modifiées en appel que si les conditions fixées à l'art. 227 al. 1 CPC sont remplies - soit qu'il y a connexité avec les prétentions initiales ou que la partie adverse consente à la modification de la demande - et, cumulativement, que la modification repose sur des faits ou des moyens de preuve nouveaux (art. 317 al. 2 CPC; Tappy, op. cit., JT 2010 III 115, p. 140). Cette limitation ne vaut pas, lorsque la maxime d'office est applicable, les conclusions des parties n'étant que des propositions qui ne lient pas le juge (Reetz/Hilber in Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (éd.), 2010, n. 76 ad art. 317, p. 2056).

En l'espèce, V.B. _____ conteste la durée du droit de visite pendant les vacances d'été et la possibilité d'emmener l'enfant hors du territoire suisse. Les conclusions ne sont pas nouvelles, puisque l'appelante a conclu au rejet des conclusions de première instance en renvoyant expressément à l'accord passé à l'audience du 4 mai 2010, ratifié dans l'ordonnance du 17 mai 2010. Cela étant, s'agissant de questions relevant du sort des enfants mineurs, le juge instruit la cause d'office (art. 296 al. 1 et 3 CPC).

b) 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 (Tappy, op. cit., JT 2010 III 115, p. 134). Elle peut

revoir librement l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (ibid., p. 135). Le large pouvoir d'examen en fait et en droit s'applique même si la décision attaquée est de nature provisionnelle (ibid., p. 136).

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 al. 1 CPC; Tappy, op. cit., JT 2010 III 115, p. 138). 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 (ibid., pp. 136-137).

Les parties peuvent faire valoir que le juge de première instance a violé la maxime inquisitoire en ne prenant pas en considération certains faits (Hohl, Procédure civile, Tome II: Organisation, compétence et procédure, 2^{ème} éd., 2010, n. 2414, p. 438). Des novas peuvent par ailleurs être en principe librement introduits en appel dans les causes régies par la maxime d'office, par exemple sur la situation des enfants mineurs en droit matrimonial (Tappy, op. cit., JT 2010 III 115, p. 139), à tout le moins lorsque le juge de première instance a violé la maxime inquisitoire illimitée (Hohl, op. cit., n. 2415, p. 438; JT 2011 III 43).

En l'espèce, l'appel répond aux réquisits légaux.

3. a) L'appelante conteste la décision prise par le premier juge relative à la réglementation du droit de visite durant les vacances d'été, invoquant le contexte conflictuel de la procédure et les difficultés de toute nature qui sont apparues depuis la séparation des époux.

Le premier juge a retenu que l'intimé exercerait son droit de visite durant la moitié des vacances scolaires, conformément à ce qui

avait été convenu entre les parties. L'enfant du couple bénéficiant d'un développement normal et ne présentant aucun problème particulier, rien ne s'opposait à ce que le père ait sa fille auprès de lui durant les vacances prévues. En ce qui concernait les dates, l'autorité de première instance a tenu compte du fait que l'intimé exerçait une activité dans le cadre d'un programme d'emploi temporaire qui prendrait fin le 29 juillet 2011, ce qui lui permettrait ensuite d'être disponible pour sa fille. Quant à l'idée que l'enfant se rende avec son père à l'étranger, elle ne suscitait a priori ni difficulté ni inquiétude.

b) Selon l'art. 273 al. 1 CC (Code civil du 10 décembre 1907; RS 210), applicable par renvoi de l'art. 133 al. 1 CC, le père ou la mère qui ne détient pas l'autorité parentale ou la garde ainsi que l'enfant mineur ont réciproquement le droit d'entretenir des relations personnelles indiquées par les circonstances. Selon l'al. 2, lorsque l'exercice ou le défaut d'exercice du droit de visite est préjudiciable à l'enfant, ou que d'autres motifs l'exigent, l'autorité peut prendre certaines mesures. Le droit de visite peut devoir être réglé par le juge du divorce en tenant compte de toutes les circonstances importantes pour le bien de l'enfant, celui-ci pouvant également restreindre ledit droit de visite (Micheli et al., *Le nouveau droit du divorce*, 1999, n. 321, p. 67 et n. 328, pp. 69 - 70). Le juge devra tenir compte de l'intérêt de l'enfant, de son âge, de sa santé physique et psychique, et de la relation que celui-ci entretient avec l'ayant droit. La mise en danger concrète du bien de l'enfant est nécessaire non seulement pour justifier un refus ou un retrait du droit aux relations personnelles, mais aussi pour lui imposer de se soumettre à des modalités particulières, notamment par rapport aux vacances (ATF 122 III 404, JT 1998 I 46; Meier/ Stettler, *Droit de la filiation*, 4 éd., 2009, n. 700, p. 407, et n. 714 et ss, pp. 417 et ss).

c) En l'espèce, comme l'a rappelé à juste titre le premier juge, le bien de l'enfant commande que la relation avec son père soit favorisée en priorité à celle avec les grands-parents. On ne saurait reprocher au père de solliciter, spontanément et avec un préavis raisonnable, de pouvoir avoir sa fille auprès de lui durant la moitié des vacances scolaires

et pendant la période où il disposera d'une certaine disponibilité. Il est d'ailleurs dans l'intérêt financier bien compris de l'appelante que l'intimé mène à bien son programme d'emploi temporaire, faute de quoi les conséquences financières pourraient toucher les deux parties.

Si l'appelante a préféré réserver les billets d'avion et bloquer la période de visite de ses parents sans aucune communication préalable au père de l'enfant, elle ne peut que s'en prendre à elle-même. On relèvera au demeurant que les grands-parents pourront voir leur petite fille dès le 20 juillet 2011 et jusqu'au 1^{er} août 2011, ce qui constitue une période relativement longue.

Enfin, l'enfant J.B._____ va bien, acquiert maintenant une certaine indépendance et ne nécessite aucun soin particulier, hormis ceux qui concernent tous les enfants du même âge. Un déplacement à l'étranger n'est donc pas à exclure, faute de motifs précis à l'appui d'une telle restriction. Il sera toutefois précisé à l'intention de l'intimé qu'il devra veiller au bien-être de sa fille en permanence et qu'il devra démontrer sa capacité à assumer cette tâche de manière adéquate.

Quant aux considérations de l'appelante sur le caractère conflictuel de la procédure, elles ne jouent pas de rôle dans l'appréciation de la présente situation, pour les motifs juridiques relevés plus haut.

4. En définitive, l'appel, manifestement infondé, doit être rejeté en application de l'art. 312 al. 1 CPC et l'ordonnance attaquée confirmée.

L'appel étant d'emblée dépourvu de chances de succès, la requête d'assistance judiciaire est rejetée (art. 117 let. b CPC).

Les frais judiciaires de deuxième instance à la charge de l'appelante sont arrêtés à 300 fr., émoluments réduits pour tenir compte de la situation financière difficile de l'appelante (art. 6 al. 3 et 65 al. 2 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010; RSV 270.11.5]).

Il n'y a pas lieu à des dépens dès lors que l'intimé n'a pas été invité à se déterminer.

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. La requête d'assistance judiciaire est rejetée.

IV. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 300 fr. (trois cents francs), sont mis à la charge de l'appelante V.B_____.

V. L'arrêt motivé est exécutoire.

Le juge délégué :

La greffière :

Du 15 juillet 2011

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

La greffière :

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 Olivier Carré (pour V.B_____),
- Me Adrian Gutowski (pour U.B_____).

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 :