

JUGE DELEGUÉ DE LA COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 21 mai 2012

Présidence de M. PELLET, juge délégué
Greffière : Mme Egger Rochat

Art. 176 al. 1 ch. 1 et al. 3 CC ; 312 al. 1, 314 al. 1 et 317 CPC

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **A.C.**_____, à [...], requérant, contre le prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale rendu le 5 avril 2012 par la Présidente du Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois dans la cause divisant l'appelant d'avec **H.**_____, à [...], intimée, le juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

En fait :

A. Par prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale du 5 avril 2012, la Présidente du Tribunal de l'arrondissement de l'Est vaudois a autorisé les époux A.C. _____ et H. _____ à vivre séparés pour une durée indéterminée (I) ; attribué la jouissance du domicile conjugal sis rue [...] à [...] à H. _____, à charge pour elle d'en payer le loyer et les charges (II); confié la garde de l'enfant B.C. _____, née le [...] 2000, à H. _____ (III) ; dit que A.C. _____ jouira d'un libre et large droit de visite sur sa fille et, qu'à défaut d'entente, il pourra l'avoir auprès de lui: - tous les mercredis après-midi, - un week-end sur deux du vendredi à la sortie de l'école au mardi matin à la rentrée des classes, - la journée du samedi des autres week-ends, - la moitié des vacances scolaires comprenant alternativement les fêtes de Noël, Nouvel-An, Pâques et Pentecôte (IV) ; dit que A.C. _____ doit contribuer à l'entretien des siens par le régulier versement d'une pension mensuelle de 500 fr., allocations familiales en sus, montant payable d'avance le premier de chaque mois à H. _____ dès le 1er janvier 2012 (V); rendu le présent prononcé sans frais ni dépens (VI) ; et rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (VII).

En droit, le premier juge a retenu que les parents ont des capacités éducatives égales en ce qui concerne la garde de l'enfant. Il a toutefois considéré que la mère travaillant moins, elle est davantage disponible. L'enfant ayant vécu avec celle-ci, qui a conservé le domicile conjugal depuis la séparation, confier la garde à cette dernière permet d'assurer la stabilité du cadre de vie de l'enfant. De plus, le souhait manifesté par cette enfant de voir davantage son père n'exprimerait pas pour autant la volonté que la garde soit confiée à ce dernier. Compte tenu de la disponibilité du père et des volontés concordantes de celui-ci et sa fille, le premier juge a prévu un large droit de visite. Pour ce qui concerne la contribution d'entretien, il s'est basé sur la méthode dite du minimum vital et a réparti, à raison de 60% en faveur de l'épouse, le solde disponible après prélèvements des minima vitaux des deux époux.

B. Par appel du 23 avril 2012 accompagné d'un bordereau de pièces, A.C._____ a conclu, avec suite de frais et dépens, à la modification des chiffres III à V du prononcé précité, en ce sens que la garde sur l'enfant B.C._____ lui est attribuée ; H._____ jouissant d'un large et libre droit de visite, à défaut d'entente, celle-ci pouvant avoir son enfant auprès d'elle une semaine sur deux du samedi soir 18 heures au vendredi soir de la semaine suivante à 18 heures, ainsi que la moitié des vacances scolaires comprenant alternativement les fêtes de Noël, Nouvel-An, Pâques et Pentecôte ; et qu'il n'est pas astreint à verser une contribution d'entretien à son épouse.

Le 7 mai 2012, le juge de la cour de céans a dispensé l'appelant d'effectuer l'avance de frais, tout en réservant la décision définitive sur l'assistance judiciaire.

C. Le juge délégué retient les faits suivants, sur la base du prononcé querellé, complété par les pièces du dossier :

1) A.C._____, requérant, et H._____, intimée, se sont mariés le [...]1991 en Albanie. De leur union est issue une enfant, B.C._____, née le [...]2000.

Depuis le mois de novembre 2011, les parties vivent séparées, l'intimée étant demeurée au domicile conjugal avec son enfant B.C._____.

2) Le requérant travaille à 93% pour l'Etat de Vaud, et perçoit un revenu net de 4'139 fr. treizième salaire compris.

Chaque mois, il assume un loyer de 1'500 fr., une prime d'assurance-maladie de 216 fr. 50, des frais de transport de 252 fr. et des frais d'équitation de 100 fr. pour sa fille. Le requérant supporte encore des frais de leasing pour sa voiture de 269 fr. 60 par mois.

L'intimée travaille dans une crèche à [...], à raison de huit heures par semaine, soit les mercredis et vendredis, dès le 1^{er} mars 2012. Elle exerce également, chaque samedi, une activité de masseuse à [...]. En outre, elle perçoit un revenu d'insertion de 2'590 fr. par mois.

Chaque mois, elle paie un loyer de 890 fr.

3) Par requête de mesures protectrices de l'union conjugale du 22 décembre 2011, A.C. _____ a conclu notamment, avec suite de frais et dépens, principalement à ce que la garde de l'enfant B.C. _____ lui soit confiée et à ce que H. _____ bénéficie d'un large et libre droit de visite à fixer d'entente entre les époux et, qu'à défaut d'entente, elle puisse avoir sa fille en tous les cas à ses côtés du samedi soir à 18h.00 au vendredi soir suivant à 18h.00 une semaine sur deux, ainsi que pendant la moitié des vacances scolaires comprenant alternativement les fêtes de Noël, Nouvel-An, Pâques et Pentecôte ; subsidiairement, à ce que la garde de l'enfant soit confiée à H. _____, lui-même bénéficiant d'un large et libre droit de visite qui s'exercera selon des modalités semblables à celles précitées et, à ce qu'il contribue à l'entretien des siens par le régulier versement d'avance le premier de chaque mois, allocations familiales non comprises, d'une pension de 200 fr. payable en mains de son épouse.

Par déterminations du 6 mars 2012, H. _____ a conclu notamment, avec suite de frais et dépens, à ce que la garde de l'enfant B.C. _____ lui soit confiée, le père bénéficiant d'un large et libre droit de visite à fixer d'entente entre les parties et , à défaut d'entente, que ce droit de visite s'exerce de manière usuelle soit un week-end sur deux de vendredi soir à 18h.00 au dimanche soir à 18h.00, ainsi que pendant la moitié des vacances scolaires et des jours de fêtes ; et à ce que A.C. _____ verse d'avance le premier de chaque mois un montant de 2'000 fr. pour l'entretien des siens, allocations familiales en sus.

Les parties ont été entendues à l'audience de mesures protectrices de l'union conjugale du 26 mars 2012.

4) Le 20 mars 2012, le premier juge a entendu l'enfant B.C._____, qui a déclaré voir son père tous les mercredis après-midi, ainsi que deux week-ends par mois, en principe du samedi matin au dimanche soir. Parfois, elle reste chez son père uniquement la journée du samedi, sur décision de sa mère. Sa mère est trop stricte et lui laisse moins de liberté qu'auparavant en Italie. Par ailleurs, sa mère l'appelle trop souvent, à son goût, quand elle est avec son père. Elle a du plaisir à passer du temps avec son père, avec qui elle fait parfois ses devoirs. Si elle pouvait choisir, elle souhaiterait être une semaine chez sa mère et une semaine chez son père.

Dans une lettre reçue au Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois le 25 avril 2012, soit postérieurement au prononcé querellé, l'enfant B.C._____ a exprimé notamment sa tristesse de ne pas vivre à 50% chez chacun de ses parents et fait part de son souhait que la garde soit attribuée à son père.

Il ressort de deux témoignages écrits de collègues du requérant des 18 et 19 avril 2012, qui voyageaient avec celui-ci et sa fille en [...] lorsque ces derniers ont eu connaissance du prononcé précité, que B.C._____ a été « très en colère, exprimant clairement que ce n'était pas juste, qu'il avait toujours été question de cinquante pourcent pour chacun des parents. » Elle s'est ensuite renfermée et n'a plus voulu prendre part à la discussion.

En droit :

1. L'appel est recevable contre les ordonnances de mesures protectrices de l'union conjugale, lesquelles doivent être considérées comme des décisions provisionnelles au sens de l'art. 308 al. 1 let. b CPC (Code de procédure civile du 19 décembre 2008, RS 272; Tappy, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, in JT 2010 III 115, p. 121).

Les ordonnances de mesures protectrices étant régies par la procédure sommaire, selon l'art. 271 CPC, le délai pour l'introduction de l'appel est de dix jours (art. 314 al. 1 CPC). L'appel est de la compétence du juge unique (art. 84 al. 2 LOJV [loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979, RSV 173.01]).

Formé en temps utile par une partie qui y a intérêt et portant sur des conclusions partiellement non patrimoniales et sur des conclusions patrimoniales qui, capitalisées selon l'art. 92 al. 2 CPC, sont supérieures à 10'000 fr., le présent appel est recevable.

2. 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 134). Elle peut revoir librement l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (Tappy, op. cit., JT 2010 III 135). Le large pouvoir d'examen en fait et en droit ainsi défini s'applique même si la décision attaquée est de nature provisionnelle (Tappy, op. cit., JT 2010 III 136).

3. a) En application de l'art. 317 al. 1^{er} CPC, les faits et moyens de preuve nouveaux ne sont pris en compte que si deux conditions cumulatives sont réalisées : ils sont invoqués ou produits sans retard (let. a) et ils 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 (let. b). S'agissant de cette deuxième condition, il incombe au plaideur de démontrer qu'il a fait preuve de la diligence requise (Jeandin, CPC commenté, 2011, n. 7 ad art. 317 CPC, p. 1266).

Les conditions restrictives posées par l'art. 317 CPC pour l'introduction de faits ou moyens de preuve nouveaux s'appliquent de

même aux cas régis par la maxime inquisitoire. Une solution plus souple peut être envisagée lorsque la cause est en outre régie par la maxime d'office (art. 296 CPC), par exemple sur la situation des enfants mineurs en droit matrimonial (JT 2011 III 43).

b) En l'espèce, le litige porte essentiellement sur la garde de l'enfant, de sorte que les témoignages écrits et la lettre de l'enfant B.C._____, pièces postérieures au prononcé querellé, sont recevables. Quant aux autres pièces produites à l'appui de l'appel, elles doivent également être admises dans la mesure où elles peuvent avoir une incidence sur la situation de l'enfant mineur.

4. a) L'appelant invoque le désir de sa fille de vivre auprès de lui pour solliciter la garde.

b) En vertu de l'art. 176 al. 3 CC (Code civil suisse du 10 décembre 1907, RS 210), relatif à l'organisation de la vie séparée, lorsque les époux ont des enfants mineurs, le juge des mesures protectrices ordonne les mesures nécessaires d'après les dispositions sur les effets de la filiation (cf. art. 273 ss CC). Seul le droit de garde est ordinairement attribué dans le cadre de la procédure des mesures protectrices de l'union conjugale ou lorsque des mesures provisionnelles sont ordonnées pour la procédure de divorce (ATF 136 III 353 c. 3.1., JT 2010 I 491). Les principes posés par la jurisprudence et la doctrine en matière de divorce sont applicables par analogie (Chaix, Commentaire Romand, n. 19 ad art. 176 CC; Verena Bräm, Commentaire zurichois, n. 89 et 101 ad art. 176 CC; TF 5A_693/2007 du 18 février 2008; TF 5A_69/2011 du 27 février 2012 c. 2.1.).

Au nombre des critères essentiels pour l'attribution de la garde ou de l'autorité parentale, entrent en ligne de compte les relations personnelles entre parents et enfant, les capacités éducatives respectives des parents, leur aptitude à prendre soin personnellement de l'enfant et à s'en occuper ainsi qu'à favoriser les contacts avec l'autre parent, de même

que, le cas échéant, les rapports qu'entretiennent plusieurs enfants entre eux. Il convient de choisir la solution qui, au regard des données de l'espèce, est la mieux à même d'assurer à l'enfant la stabilité des relations nécessaires à un développement harmonieux des points de vue affectif, psychique, moral et intellectuel. Ainsi, l'intérêt de l'enfant prime dans le choix de son attribution à l'un des deux parents. Si le juge ne peut se contenter d'attribuer l'enfant au parent qui en a eu la garde pendant la procédure, ce critère jouit d'un poids particulier lorsque les capacités d'éducation et de soin des parents sont similaires (ATF 136 I 178 c. 5.3.; ATF 117 II 353 c. 3; ATF 115 II 206 c. 4a; ATF 115 II 317 c. 2; cf. aussi TF 5A_181/2008 du 25 avril 2008, FamPra.ch 4/2008. n. 104 p. 98; TF 5C.238/2005 du 2 novembre 2005, FamPra.ch 2006 n. 20 p. 193).

Dans le but d'assurer aux enfants une stabilité et un développement harmonieux, on privilégiera le maintien du modèle de mariage adopté par les époux du temps de la vie commune : la garde sera ainsi attribuée de préférence à l'époux qui consacrait le plus de son temps à l'éducation et aux soins des enfants. Une garde alternée n'est envisageable que si les parents sont d'accord et ont pris toutes les mesures pour régler les aspects pratiques de manière à préserver le bien de l'enfant (François Chaix, in Pichonnaz/Foëx (éd.), Commentaire romand, Code civil I, 2010, n. 19 ad art. 176 CC; Juge délégué CACI 20 décembre 2011/411).

La réglementation du droit de visite ne saurait dépendre uniquement de la volonté de l'enfant; il faut déterminer, dans chaque cas particulier, pourquoi celui-ci adopte une attitude défensive à l'endroit du parent qui n'a pas la garde et si l'exercice du droit de visite risque réellement de porter préjudice à son intérêt (ATF 127 III 295 c. 4a; TF 5A_107/2007 du 16 novembre 2007 c. 3.2). On peut en faire abstraction notamment lorsque l'attitude négative de l'enfant est essentiellement influencée par celle du parent titulaire du droit de garde (TF 5 C.250/2005 du 3 janvier 2006 c. 3.2.1). Toutefois les vœux exprimés par un enfant sur son attribution ou sur le droit de visite doivent être pris en considération, lorsqu'il s'agit d'une résolution ferme et qu'elle est prise par un enfant

dont l'âge et le développement - en règle générale à partir de l'âge de douze ans révolus - permettent d'en tenir compte (TF 5A_107/2007 précité c. 3.2.; TF 5A_716/2010 du 23 février 2011 c. 4, FamPra.ch 2011 p. 491).

c) En l'espèce, plusieurs éléments entrent en considération. D'abord, comme le premier juge, il faut admettre que les deux parents ont des capacités éducatives suffisantes pour se voir attribuer la garde. S'il est vrai que l'appelant, par son statut d'enseignant, a des horaires compatibles avec ceux de B.C._____, l'intimée est davantage disponible en raison de ses activités professionnelles à temps partiel dans une crèche à [...].

L'enfant a été entendue en première instance par la présidente du tribunal qui a statué. B.C._____ a exprimé son souhait d'une garde alternée. Celle-ci ne peut toutefois être envisagée que si les parents sont d'accord, ce qui n'est pas le cas en l'occurrence, la mère estimant qu'un changement constant de lieu de vie n'assurerait pas un cadre suffisamment stable à B.C._____. Le premier juge a également souligné ce besoin de stabilité, en observant que B.C._____ a vécu avec sa mère depuis la séparation au domicile conjugal.

Les volontés exprimées depuis lors par l'enfant ne modifient pas cette appréciation. D'abord, B.C._____ vient juste d'avoir 12 ans et son avis ne doit pas être à lui seul décisif. Ensuite, la formulation « j'aimerais que la garde soit à mon père » laisse supposer une influence parentale, d'autant que l'appelant produit à l'appui de ses conclusions deux témoignages écrits qu'il a manifestement sollicités et qui paraissent par ailleurs manquer de distance critique. Enfin sur ce point, dans sa dernière lettre au juge, B.C._____ exprime surtout et à nouveau sa tristesse de ne pouvoir, comme elle l'écrit « rester 50% avec son père et 50% avec sa mère », ce qui correspond précisément à l'opinion manifestée devant le premier juge et qui consacre bien des compétences éducatives égales, même selon l'enfant.

Il n'y a donc pas suffisamment de motifs pour modifier la solution du premier juge, d'autant qu'il a tenu compte des capacités et de la disponibilité du père pour définir un très large droit de visite, comprenant aussi des jours de semaine.

Ce grief doit dès lors être rejeté.

5. L'appelant invoque également qu'il ne doit pas être astreint au versement d'une contribution d'entretien en faveur de son épouse, mais modifie le calcul de ses charges incompressibles sur la base du fait qu'il obtiendrait la garde de l'enfant. Or, tel n'est pas le cas. Tout au plus peut-on observer que le montant retenu par le premier juge pour ses frais de transport est adéquat, soit 252 fr. par mois. En effet, les frais de véhicule ne peuvent être pris en considération que si celui-ci est indispensable au débiteur personnellement - en raison de son état de santé ou de la charge de plusieurs enfants à transporter - ou nécessaire à l'exercice de sa profession, l'utilisation des transports publics ne pouvant être raisonnablement exigée de l'intéressé (TF 5A_383/2007 du 9 novembre 2007 c. 2.3; TF 5P.238/2005 du 28 novembre 2005). La prise en compte du leasing de voiture n'est donc pas possible en l'espèce.

Quant au montant mensuel de l'assurance-maladie de l'appelant, il ne s'élève, à teneur des pièces produites, pas à 383 fr. 20 comme allégué dans l'appel, mais à 216 fr.50, soit à un montant très légèrement inférieur à celui retenu par le premier juge.

Ce grief doit par conséquent être rejeté.

6. Au vu de ce qui précède, l'appel doit être rejeté en vertu de l'art. 312 al. 1 CPC et le prononcé attaqué confirmé.

7. L'appel étant dépourvu de chance de succès, la requête d'assistance judiciaire de l'appelant doit être rejetée (art. 117 let. b CPC).

Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (art. 65 al. 2 TFJC), sont dès lors mis à sa charge (art. 106 al. 1 CPC).

L'initmée n'ayant pas été invitée à se déterminer, il n'y a pas lieu de lui allouer de dépens.

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.** Le prononcé est confirmé.
- III.** La requête d'assistance judiciaire est rejetée.
- IV.** Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (six cents francs), sont mis à la charge de l'appelant A.C._____.
- V.** L'arrêt motivé est exécutoire.

Le juge délégué :

La greffière :

Du 22 mai 2012

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 Laure Chappaz (pour A.C. _____),
- Me Aba Neeman (pour H. _____).

Le juge délégué de la Cour d'appel civile considère que la valeur litigieuse est supérieure à 30'000 francs.

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 :

- Mme le Président du Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois.

La greffière :