

JUGE DELEGUÉE DE LA COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 20 juin 2013

Présidence de Mme CRITTIN DAYEN, juge déléguée
Greffière : Mme Vuagniaux

Art. 176 al. 3 CC

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **A.H.**_____, à Orbe, requérant, contre l'ordonnance rendue le 10 mai 2013 par la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois dans la cause divisant l'appelant d'avec **B.H.**_____, à Ecublens, intimée, la juge déléguée de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

En fait :

A. Par ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale du 10 mai 2013, la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois a dit qu'à défaut de meilleure entente, durant la semaine qui suit sa semaine de garde, A.H._____ aura l'enfant C.H._____ auprès de lui à choix soit le mercredi, soit le jeudi, soit le vendredi, à charge pour lui d'en préaviser B.H._____ une semaine à l'avance (I), maintenu pour le surplus les mesures protectrices ordonnées selon convention du 22 février 2012 telle que modifiée par convention du 28 mars 2013 (II), déclaré l'ordonnance immédiatement exécutoire, nonobstant appel ou recours (III) et rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (IV).

En droit, compte tenu de l'avis médical du Dr M._____ selon lequel il est déconseillé que l'enfant C.H._____ dorme en-dehors du domicile principal maternel en raison de troubles du sommeil importants, le premier juge a rejeté la conclusion de A.H._____ en vue d'avoir sa fille auprès de lui un week-end sur deux du samedi à midi au dimanche à midi. En outre, dès lors que l'enfant C.H._____ dort peu durant la nuit et se réveille souvent au-delà de l'heure de remise prévue, à savoir chaque semaine alternativement le samedi ou le dimanche à 9 heures, le premier juge a également rejeté la conclusion du requérant tendant à pouvoir cumuler les heures perdues de son droit de visite et à les compenser en demi-journées ou journées entières. Il a considéré que la rigidité d'un tel système était inopportune et a encouragé les parents à s'entendre afin que le père puisse avoir sa fille auprès de lui, chaque mois, une demi-journée ou une journée de plus.

B. Par acte du 23 mai 2013, A.H._____ a fait appel de cette ordonnance en concluant principalement, sous suite de frais judiciaires et dépens, à sa réforme en ce sens qu'il est autorisé, d'une part, à cumuler les retards significatifs constatés lors de la prise en charge de l'enfant durant l'exercice de son droit de visite, puis de bénéficier de ce temps

perdu en prenant l'enfant auprès de lui une demi-journée ou une journée entière, étant précisé que ce rattrapage s'effectuera une fois tous les mois environ, et, d'autre part, à exercer son droit de visite sur l'enfant alternativement un jour par week-end, soit le samedi, soit le dimanche de 9 heures à 18 heures, et un week-end sur deux, du samedi à midi au dimanche à midi. Subsidiairement, il a conclu à la compensation des heures perdues comme décrit ci-dessus, à la mise en œuvre d'une expertise pédopsychiatrique sur l'enfant C.H._____, puis à la fixation d'une audience afin d'en tirer les conséquences s'agissant de l'augmentation de son droit de visite, tout particulièrement sur la possibilité que C.H._____ puisse passer des nuits chez lui.

B.H._____ n'a pas été invitée à se déterminer.

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

1. A.H._____, né le [...] 1980, et B.H._____, née [...] le [...] 1974, se sont mariés à Vevey le [...] 2011. Une enfant est issue de cette union : C.H._____, née le [...] 2011.

Les époux se sont séparés dans le courant du mois de novembre 2011.

2. Lors de l'audience de mesures protectrices de l'union conjugale du 22 février 2012, les époux ont notamment convenu que A.H._____ bénéficiera d'un droit de visite sur sa fille à exercer d'entente avec B.H._____ et qu'à défaut d'entente, il l'aura auprès de lui, transports à sa charge, toutes les semaines, alternativement le samedi ou le dimanche, de 9 heures à 18 heures, ainsi qu'un jour par semaine afin de tenir compte de ses semaines de permanence, moyennant un préavis de 48 heures (III).

3. Dans le cadre d'une seconde procédure de mesures protectrices de l'union conjugale, A.H._____ a conclu, entre autres, à

l'élargissement du droit de visite sur l'enfant C.H._____ à en tout cas une nuit par semaine à son domicile.

4. Dans une lettre du 18 février 2013, le Dr M._____, spécialiste FMH adolescents, enfants et nourrissons, a écrit ce qui suit à B.H._____ :

« (...) En premier lieu, je pense qu'il est déconseillé actuellement pour C.H._____ de dormir en dehors de son domicile principal. En effet, à son âge et suite aux changements intervenus dans son environnement, il est important qu'une certaine stabilité soit assurée, cela comprend également le lieu de vie nocturne.

Nous avons déjà évoqué les troubles du sommeil présentés actuellement par votre fille, qui pour l'instant sont difficiles à gérer, mais l'amélioration espérée le sera d'autant mieux qu'une régularité sera observée. Il n'y a par contre pas de motifs à limiter des contacts le jour, bien au contraire, pour préserver le lien avec le père.

(...) Pour finir, nous avons également évoqué la possibilité que l'on puisse consulter avec C.H._____ une pédopsychiatre, afin d'évaluer son évolution et d'observer quel est l'impact sur elle d'une modification de la dynamique familiale. Je reste à disposition pour fournir une adresse. »

5. Au cours de l'audience de mesures protectrices de l'union conjugale du 28 mars 2013, A.H._____ a précisé ses conclusions sur la modification du droit de visite comme suit :

« A.H._____ est autorisé, durant la semaine qui suit sa semaine de garde, à compenser sa journée perdue du week-end à choix soit le mercredi, soit le jeudi, soit le vendredi, à charge pour lui d'en préavisier B.H._____ une semaine à l'avance.

A.H._____ est autorisé à cumuler les retards significatifs constatés lors de la prise en charge de l'enfant durant l'exercice de son droit de visite, puis de bénéficier de ce temps perdu en prenant l'enfant auprès de lui une demi-journée ou une journée entière, étant précisé que ce rattrapage s'effectuera une fois tous les mois environ.

A.H. _____ est autorisé à exercer son droit de visite sur l'enfant C.H. _____ alternativement un jour par week-end, soit le samedi, soit le dimanche de 9 h à 18 h, et un week-end sur deux, du samedi à midi au dimanche à midi. »

B.H. _____ a conclu au rejet de ces conclusions et, subsidiairement, si le principe de la compensation devait être admis, à ce que dite compensation ne puisse avoir lieu que les jours de semaine où l'enfant est gardée par un tiers, soit actuellement les mardis, mercredis et vendredis.

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, JT 2010 III 121; ATF 137 III 475 c. 4.1). Les ordonnances de mesures protectrices de l'union conjugale 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]).

En l'espèce, formé en temps utile par une partie qui y a intérêt (art. 59 al. 2 let. a CPC) et portant sur des conclusions non patrimoniales, l'appel est recevable.

2. a) 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 et les réf.).

Pour les questions relatives aux enfants, la maxime d'office s'applique à l'objet du procès et la maxime inquisitoire à l'établissement des faits. Ainsi, le juge n'est pas lié par les conclusions des parties. Il peut attribuer non seulement moins que ce qui est requis dans les conclusions, mais aussi autre chose, voire statuer en l'absence de conclusions. Il doit en outre établir les faits, en ordonnant d'office l'administration des moyens de preuves nécessaires ; les parties doivent toutefois collaborer à

la procédure probatoire en lui soumettant les faits déterminants et leurs offres de preuves (TF 5A_361/2011 du 7 décembre 2011 c. 5.3.1).

b) 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 (art. 317 al. 1 CPC), ces deux conditions étant cumulatives. Il appartient à l'appelant de démontrer que ces deux 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 et les réf. citées). La jurisprudence de la Cour de céans considère que des novae peuvent 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, à tout le moins lorsque le juge de première instance a violé la maxime inquisitoire illimitée (ibid.).

En l'espèce, dès lors qu'elle porte sur la situation d'une enfant mineure, la présente cause est soumise aux maximes inquisitoire illimitée et d'office. La pièce produite par l'appelant (lot de sms échangés entre les parents de novembre 2012 à mai 2013 sur les réveils tardifs de l'enfant C.H. _____), est par conséquent recevable.

3. a) Lorsque les époux ont des enfants mineurs, le juge règle les relations personnelles entre le parent non gardien et l'enfant, dans le cadre de l'organisation de la vie séparée des conjoints, en se basant sur les dispositions régissant les effets de la filiation (art. 176 al. 3 CC [Code civil suisse du 10 décembre 1907 ; RS 210] ; art. 273 ss CC).

Le droit aux relations personnelles vise à sauvegarder le lien existant entre parents et enfants (Hegnauer, Droit suisse de la filiation, Berne 1998, n. 19.20, p. 116). Le Tribunal fédéral relève à cet égard qu'il est unanimement reconnu que le rapport de l'enfant avec ses deux parents est essentiel et qu'il peut jouer un rôle décisif dans le processus de recherche d'identité de l'enfant (ATF 130 III 165 c. 2.2.2 ; ATF 127 III

295 c. 4a ; ATF 123 III 445 c. 3c, JT 1998 I 354). Le maintien et le développement de ce lien étant évidemment bénéfique pour l'enfant, les relations personnelles doivent donc être privilégiées, sauf si le bien de l'enfant est mis en danger.

L'importance et le mode d'exercice des relations personnelles doivent être appropriés à la situation, autrement dit tenir équitablement compte des circonstances particulières du cas. Le bien de l'enfant est le facteur d'appréciation le plus important (ATF 127 III 295 c. 4a) et les éventuels intérêts des parents sont à cet égard d'importance secondaire (ATF 130 III 585 c. 2.1). On tiendra compte notamment de l'âge de l'enfant (préscolarité ou adolescence par exemple), de son état de santé, de ses loisirs, etc. La notion que l'enfant a du temps, selon son âge, est également importante ; de fréquentes rencontres de quelques heures peuvent ainsi être plus appropriées pour des enfants en bas âge que des week-ends entiers (Leuba, Commentaire romand, Code civil I, Bâle 2010, n. 14 ad art. 273 CC).

b) L'appelant conteste la force probante donnée à l'avis médical du Dr M._____ fait valoir que les troubles du sommeil de l'enfant C.H._____ ne sont pas le reflet d'une maladie spécifique qui l'empêche de dormir ailleurs qu'au domicile maternel. Il se plaint en outre de ce que ni l'intimée ni le Dr M._____ ne l'ont tenu informé du « soi-disant » suivi médical de sa fille.

En l'espèce, l'avis médical du Dr M._____ évoque les troubles du sommeil présentés par C.H._____, qui pour l'instant sont difficiles à gérer. Ce spécialiste FMH en adolescents, enfants et nourrissons indique clairement qu'il est déconseillé pour l'enfant C.H._____ de dormir en dehors de son domicile principal, afin qu'une certaine stabilité soit garantie à l'enfant au regard de son âge et des changements intervenus dans son environnement. En l'absence d'éléments contraires figurant au dossier, il ne se justifie pas de s'écarter des recommandations du Dr M._____. On ne peut que réitérer ici ce qui a déjà été exposé par le premier juge, à savoir qu'il est du ressort des

parents de faire les efforts nécessaires afin de restaurer un climat minimum de confiance et de communication, et ce pour le bien-être de leur enfant commun. Plus particulièrement, l'appelant est invité à s'investir et à participer au suivi médical de sa fille afin d'en devenir partie prenante et l'intimée est invitée à inclure entièrement l'appelant dans ce suivi afin que celui-ci puisse éliminer toute méfiance envers le diagnostic posé.

Il s'ensuit que c'est à bon droit que le premier juge a confirmé le droit de visite du père durant la journée. Cela étant, il faut rappeler que le maintien actuel du droit de visite conserve un caractère très provisoire et que si la situation devait perdurer, il conviendra de mener de plus amples investigations sur l'état de santé de l'enfant C.H. _____ et sur l'opportunité de la mise en place d'un droit de visite incluant des nuits auprès du père.

c) L'appelant fait valoir que son droit de visite est violé depuis plus de 15 mois dès lors qu'il ne peut avoir sa fille à l'heure convenue, soit à partir de 9 heures toutes les semaines alternativement le samedi ou le dimanche. Il demande à ce que les heures perdues soient décomptées et compensées chaque mois par journées ou demi-journées.

Il apparaît contraire à l'intérêt de l'enfant de faire tenir aux parents une comptabilité précise des heures et minutes pendant lesquelles leur fille dort le matin au-delà de l'heure de remise prévue, respectivement du temps exact que le père ne passe pas auprès d'elle alors qu'il le devrait. A cela s'ajoute que le motif d'empêchement n'est pas imputable au parent gardien, mais est guidé par des impératifs relatifs au bien de l'enfant, qui rencontre - on l'a vu - des problèmes liés au sommeil (Juge délégué CACI 21 septembre 2011/259 c. 2.2).

C'est le lieu de rappeler que la mise en application des modalités du droit de visite passe nécessairement par une bonne entente entre les parents, le dialogue, la confiance et le respect l'un de l'autre, et ce dans l'intérêt de l'enfant. On peut raisonnablement attendre des

parents qu'ils mettent de côté leurs griefs et ressentiments mutuels et se mettent d'accord entre eux de manière constructive pour que le père puisse bénéficier, chaque mois, d'une demi-journée ou d'une journée de plus auprès de sa fille, voire même plus selon entente. On retiendra à cet égard qu'à l'audience de mesures protectrices de l'union conjugale du 28 mars 2013, l'intimée a déclaré à plusieurs reprises qu'elle était favorable à ce que l'appelant puisse avoir sa fille auprès de lui pendant la journée le plus souvent possible.

La solution retenue par le magistrat ne peut être que confirmée.

4. Il résulte de ce qui précède que l'appel doit être rejeté et la décision entreprise confirmée.

Les frais judiciaires de deuxième instance sont arrêtés à 600 fr. (art. 65 al. 2 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010 ; RSV 270.11.5]) et mis à la charge de l'appelant, qui succombe (art. 106 al. 1 CPC).

N'ayant pas été invitée à se déterminer, l'intimée n'a pas droit à des dépens.

Par ces motifs,
la juge déléguée 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.** Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (six cents francs), sont mis à la charge de l'appelant A.H._____.

IV. L'arrêt motivé est exécutoire.

La juge déléguée :

La greffière :

Du 21 juin 2013

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 Astyanax Peca (pour A.H. _____)
- Me José Coret (pour B.H. _____)

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 la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois

La greffière :