

JUGE DELEGUÉ DE LA COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 23 mars 2011

Présidence de M. WINZAP, juge délégué

Greffière : Mme Egger Rochat

Art. 308 al. 1 let. b, 310, 312 al. 1, 314 al. 1 CPC; 176 al. 3 CC; 84 al. 2 LOJV; 65 al. 2 TFJC

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **T.**_____, à Lausanne, intimé, contre le prononcé rendu le 11 février 2011 par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne dans la cause divisant l'appelant d'avec **W.**_____, à Lausanne, requérante, 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 11 février 2011, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne a confirmé que les époux T._____ et W._____ vivent séparés pour une durée indéterminée (I) ; confié la garde des enfants mineurs [...], né le [...] et [...], née le [...], à la requérante W._____ (II) ; dit que l'intimé T._____ pourra avoir ses enfants auprès de lui un week-end sur deux, du vendredi à 18 heures au dimanche à 18 heures, tous les mercredis après-midi dès la fin de l'école jusqu'à 18 heures, ainsi que pendant la moitié des vacances scolaires et des jours fériés (III) ; astreint l'intimé à contribuer à l'entretien de sa famille par le régulier versement d'une pension mensuelle de 2'550 fr., allocations familiales en sus, payable d'avance le premier de chaque mois en mains de la requérante, dès et y compris le 1^{er} mars 2011 (IV) ; ordonné à tout employeur de l'intimé, actuellement le [...], de retenir chaque mois sur le salaire de ce dernier le montant de 2'550 fr., allocations familiales en sus, et de le verser directement à la requérante W._____ sur le compte [...] (V) ; rejeté toutes autres ou plus amples conclusions(VI) ; déclaré le présent prononcé, rendu sans frais ni dépens, immédiatement exécutoire (VII).

En droit, le premier juge a retenu qu'en matière d'attribution de l'autorité parentale ou de la garde, le principe fondamental est le bien de l'enfant, soit la recherche de son intérêt. L'absence d'accord et de coopération des parents faisant d'emblée échec à l'institution d'une garde alternée, et compte tenu de la nécessité de ne pas séparer la fratrie, de l'âge des enfants et du fait que ceux-ci ont toujours vécu auprès de leur mère, il a confié la garde exclusive des enfants à cette dernière.

Retenant que les relations personnelles de l'enfant avec ses deux parents sont essentielles et qu'elles peuvent jouer un rôle décisif dans le processus de recherche d'identité de l'enfant, le premier juge a fixé les modalités du droit de visite du père comme énoncé ci-dessus sous chiffre III du dispositif du prononcé attaqué. Il a également fait droit à la

requérante d'aller chercher les enfants au domicile de l'intimé à la fin du week-end.

Concernant la quotité de la contribution due par l'intimé à l'entretien de sa famille, le premier juge s'est référé au principe selon lequel elle doit être déterminée au regard des revenus et charges incompressibles mensuelles des parties, retenues sur la base des lignes directrices strictes applicables en matière de poursuites. Il a ainsi astreint l'intimé à contribuer à l'entretien de sa famille par le versement régulier d'une pension mensuelle de 2'550 fr., allocations familiales en sus.

Se fondant sur la base d'un relevé du 3 janvier 2011 du Service de prévoyance et d'aide sociale, il est clairement apparu au premier juge que l'intimé n'entendait pas se soumettre aux décisions judiciaires en ce qui concerne le paiement de la pension. Il a dès lors ordonné l'avis aux débiteurs, estimant que celui-ci n'entamait nullement le minimum vital du débirentier.

B. Par lettre, reçue par porteur au Greffe du Tribunal cantonal le 22 février 2011, T._____ a formé appel contre l'ordonnance rendue le 11 février 2011 par le premier juge. Il a conclu à ce que la garde des enfants mineurs du couple lui soit confiée sans s'opposer au principe d'une garde alternée.

Par lettre du 21 février 2011, adressée à la Présidente du Tribunal d'arrondissement de Lausanne, W._____ a contesté l'ordonnance précitée. Elle y expose les difficultés rencontrées lors de l'exercice du droit de visite par T._____ et fait valoir des problèmes financiers.

C. Le juge délégué retient les faits suivants, sur la base de l'état de fait du jugement complété par les pièces du dossier :

L'intimé, T._____, né le [...], et la requérante, W._____, née le [...], se sont mariés le [...] à Valle del Cauca, à Santiago de Cali en Colombie.

Trois enfants sont issus de cette union: [...], né le [...]; [...], né le [...]; et [...], née le [...].

Tous deux, de nationalité colombienne, ont obtenu la naturalisation suisse en mai 2009.

En raison de difficultés conjugales récurrentes, la requérante a sollicité des mesures protectrices de l'union conjugale en date du 20 novembre 2009.

A la suite d'une audience tenue le 26 janvier 2010, à laquelle seule la requérante s'était présentée, le premier juge a, par prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale du 3 février 2010, autorisé les époux à vivre séparés jusqu'au 31 janvier 2011; confié la garde des enfants à la mère, sous réserve du droit de visite du père; attribué la jouissance de l'appartement conjugal à la requérante, à charge pour elle de s'acquitter du loyer et des charges; astreint l'intimé à quitter cet appartement d'ici au 28 février 2010 au plus; et à contribuer à l'entretien des siens par le versement d'une pension mensuelle de 5'920.- fr., allocations familiales non comprises.

Par convention passée lors de l'audience d'appel sur mesures protectrices de l'union conjugale du 22 mars 2010, les parties sont convenues de ce qui suit:

"I. La garde sur les enfants [...], né le [...], et [...], née le [...], est confiée de manière alternée à leurs deux parents de la manière suivante:

a) Tant que T._____ n'a pas son propre appartement:

- un week-end sur deux, du vendredi à 18 heures au dimanche à 18 heures,
- [...], du mardi après l'école au mercredi matin à l'école,
- [...] et [...] du jeudi 17 heures au vendredi matin à l'école ou à la garderie.

b) Dès que T._____ a son appartement, il peut avoir ses enfants de la manière suivante:

- [...]: les deux premières semaines du mois, dès le dimanche 18 heures, le week-end intermédiaire étant passé chez sa mère, du vendredi 18 heures au dimanche 18 heures,
- [...]: la deuxième semaine du mois, du dimanche 18 heures au dimanche suivant 18 heures,
- le week-end intermédiaire, du vendredi 18 heures au dimanche 18 heures, lors des deux semaines de garde d'W._____.

Pour le surplus, les parties se partageront les vacances scolaires des enfants en équivalence.

II. T._____ contribuera à l'entretien des siens par le régulier versement, le premier de chaque mois, dès le 1^{er} avril 2010, en mains d'W._____, de la somme de fr. 5'250.- (...). Il versera en sus de cette contribution le soixante pour cent des allocations familiales perçues, soit à l'heure actuelle fr. 550.- (...). Il prendra en outre à sa charge tous les frais du fils aîné des parties, [...], en particulier ses leçons de piano.

III. (...). "

L'intimé n'exerçant pas son droit de visite depuis le mois d'août 2010 et ne payant pas la pension conformément à la convention susmentionnée, la requérante s'est adressée par écrit au premier juge. Ce dernier a vainement tenté la conciliation lors de l'audience du 12 janvier 2011.

A cette audience, la requérante a conclu à l'attribution de la garde exclusive des enfants, ainsi qu'à la fixation d'une pension alimentaire à charge de l'intimé. Pour sa part, ce dernier a conclu à l'attribution d'une garde alternée, soit deux semaines d'affilée, avec une période transitoire d'une semaine pour l'adaptation des enfants, en précisant qu'il voulait qu'un des enfants ait sa résidence à son domicile. Un différend existait également au sujet du montant de la pension alimentaire à charge de l'intimé.

Il ressort des explications données par l'intimé lors de l'instruction menée par le premier juge que celui-là a diminué son taux de

travail à 80% depuis le 1^{er} janvier 2011, de sorte qu'il ne travaille pas le mercredi après-midi.

En janvier 2011, la requérante recherchait un emploi à 50%. Il ressort de sa lettre du 21 février 2011 que la Ville de Renens l'a engagée en qualité d'employée temporaire, depuis le 31 janvier 2011, afin de fonctionner comme éducatrice auxiliaire pour un remplacement de quatre mois à la Commune de Renens.

Postérieurement à l'audience, la requérante a encore requis que l'intimé vienne chercher les enfants à son domicile lors de l'exercice de son droit de visite et qu'elle-même aille les rechercher chez lui ensuite. Elle a en outre sollicité un avis au débiteur en raisons des difficultés qu'elle avait rencontrées par le passé à obtenir le versement de la pension alimentaire due. Quant à l'intimé, il a précisé qu'il souhaitait qu'un des deux enfants soit enregistré comme résidant chez lui par période de deux ans.

En droit :

1. L'appel est recevable contre les ordonnances de mesures protectrices de l'union conjugale, qui 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). Il est recevable dans les causes non patrimoniales ou dont la valeur litigieuse 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 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 non patrimoniales, 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).

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 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 (Tappy, op. cit., JT 2010 III 136-137).

La doctrine est divisée sur le point de savoir si la maxime inquisitoire, applicable en mesures protectrices de l'union conjugale (art. 272 CPC) et en mesures provisionnelles dans une procédure matrimoniale

(art. 277 al. 3 CPC) est applicable également en appel et si des faits et moyens de preuves nouveaux sont dès lors admissibles en deuxième instance même si les conditions restrictives de l'art. 317 al. 1 CPC ne sont pas réalisées. Certains auteurs considèrent que l'art. 229 al. 3 CPC devrait s'appliquer par analogie (Hofmann/Lüscher, Le code de procédure civile p. 197; Spühler, Basler Kommentar, n. 7 ad art. 317 CPC; Reetz/Hilber, ZPO-Komm., n. 14 et 16 ad art. 317 CPC). Cette opinion se fonde essentiellement sur le Message du Conseil fédéral, qui affirme que la maxime inquisitoire, lorsqu'elle est prévue notamment dans certains cas de procédure simplifiée ou sommaire, doit s'appliquer aussi en appel (FF 2006 p. 6982). Comme le relève à juste titre Tappy, le Message se réfère à des règles sur les novas en deuxième instance très différentes de celles retenues par les Chambres. L'art. 317 al. 1 CPC finalement adopté ne contient pas de règle élargissant la possibilité d'invoquer des faits ou preuves nouveaux dans les cas soumis à la maxime inquisitoire, contrairement à la règle résultant en première instance de l'art. 229 al. 3 CPC. On ne saurait y voir une lacune de la loi et l'on doit bien plutôt admettre qu'il s'agit d'un silence qualifié impliquant qu'en appel les novas seront soumis au régime ordinaire (en ce sens Tappy, JT 2010 III 115; Hohl, Procédure civile, Tome II, 2^e éd., no 2410 p. 437). Les parties peuvent toutefois faire valoir que le juge de première instance a violé la maxime inquisitoire en ne prenant pas en considération certains faits (Hohl, op. cit., no 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 139), à tout le moins lorsque le juge de première instance a violé la maxime inquisitoire illimitée (Hohl, op. cit., no 2415 p. 438).

3. Le recourant prétend en substance que le droit de visite, même élargi tel que l'a prévu le premier juge, nuirait au développement harmonieux des enfants des points de vue affectif, psychique, moral et intellectuel, ceux-là ne pouvant améliorer les relations entretenues avec leur père. Considérant cet aspect comme impératif, il conclut

principalement à l'attribution de la garde en sa faveur durant la litispendance, et subsidiairement à la solution d'une garde alternée.

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). Il peut notamment confier l'autorité parentale à un seul des parents (art. 297 al. 2 CC) ou, à plus forte raison, lui attribuer la garde des enfants. 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 cité in ATF 5A_693/2007 du 18 février 2008). La règle fondamentale en ce domaine est l'intérêt de l'enfant, celui des parents étant relégué à l'arrière-plan.

Au nombre des critères essentiels, 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 117 II 353 c. 3 p. 354 s.; ATF 115 II 206 c. 4a p. 209; ATF 115 II 317 c. 2 p. 319; ATF 114 II 200 c. 5 p. 203 s.; ATF 112 II 381 c. 3 p. 382 s.; cf. aussi FamPra.ch 4/2008. n. 104 p. 98, TF 5A_181/2008 du 25 avril 2008; FamPra.ch 1/2006 n. 20 p. 193, TF 5C.238/2005 du 2 novembre 2005).

La garde alternée suppose une volonté conjointe des parents impliquant leur accord sur le principe et les modalités de la garde. En outre, cette garde doit être compatible avec le bien des enfants (sur ce point notamment Séverine Berger, in JT 2002 I 150 ; TF 5P.345/2005 du 23 décembre 2005, c. 3.3; Chaix, op. cit., n. 19 ad art. 176 CC).

En l'espèce, la garde alternée fut la première solution envisagée par le couple, pour autant que l'appelant trouve un appartement pour accueillir ses enfants, conformément à la convention de mesures protectrices d'union conjugale passée le 22 mars 2010.

Toutefois, cette garde n'ayant jamais fonctionné et, depuis les vacances d'août 2010, l'appelant n'ayant plus du tout exercé un quelconque droit de visite, l'intimée s'y est opposé à l'audience tenue devant le premier juge, le 12 janvier 2011. De plus, l'appelant ne la conçoit qu'à titre subsidiaire. Dès lors, au vu des tensions entre époux et du désaccord de la mère, une garde alternée n'entre pas en ligne de compte. Elle ne pourrait être que préjudiciable à l'intérêt des enfants, qui ont besoin de stabilité, ainsi que d'être soustraits autant que possible du conflit conjugal.

Pour ce qui concerne l'attribution des enfants à l'un ou l'autre des parents, il convient de relever que les enfants du couple sont de jeunes enfants âgés de 7 et 4 ans. Ils ont besoin de soins particuliers et d'une présence constante et régulière d'un adulte. L'intimée recherchait un emploi à 50%, et a trouvé une activité professionnelle temporaire en qualité d'éducatrice auxiliaire pour quatre mois depuis le 31 janvier 2011. L'intimée n'entend pas, vu les circonstances, dépasser un taux d'activité de 50%. Cette disponibilité, l'appelant ne peut l'offrir compte tenu de son travail, qu'il a certes réduit, mais qui l'occupe à 80%. La disponibilité de la mère est meilleure que celle du père. L'intimée n'a jamais démerité dans son rôle de mère, ce qu'a tenté d'infirmier l'appelant en produisant, à l'appui de son appel, un courrier du 18 mars 2010 écrit par le juriste de la Direction de la sécurité publique et des sports. Cependant, aucun élément pertinent, pour l'attribution des enfants, ne ressort de cette pièce.

L'intimée assume seule l'éducation des enfants, dès lors que l'époux a désinvesti son rôle de père durant plusieurs mois, n'ayant pu avoir les enfants auprès de lui comme il le souhaitait. Les capacités éducatives de la mère sont dès lors à son avantage. De plus, les enfants ont toujours vécu avec leur mère depuis la séparation. Il serait par conséquent préjudiciable à leur intérêt de confier la garde à l'appelant, qui ne leur a guère consacré de temps, si ce n'est de façon irrégulière. Certes, les relations entre le père et les enfants reprennent actuellement, mais ce fait ne peut combler les carences avérées du père des derniers mois, comme l'a justement retenu le premier juge.

En conclusion, le juge de céans constate que le premier juge a, à juste titre, confié la garde des enfants mineurs à l'intimée et prévu un droit de visite usuel et élargi à l'appelant.

Le montant de la pension n'est pas contesté et peut être confirmé.

4. Au vu de ce qui précède, l'appel doit être rejeté dans la procédure de l'art. 312 al. 1 CPC, et l'ordonnance confirmée.

5. Quant au courrier de l'intimée du 21 février 2011, il peut être qualifié d'appel au sens de l'art. 308 al. 1 let. b CPC. Il s'avère toutefois manifestement mal fondé. L'intimée invoque en effet comme motifs le fait que l'appelant ne respecte pas les modalités du droit de visite fixées par le premier juge. Or, ces griefs ne sont pas de la compétence du juge de céans. Elle avance également des faits, qui ne se sont pas encore réalisés. Ces griefs ne pouvant être reçus comme novas, ils sont dès lors irrecevables.

Au vu des circonstances, le juge de céans statue sans frais sur l'appel de l'intimée et modifie en conséquence le chiffre I du dispositif de

l'arrêt rendu le 23 mars 2011, en ce sens que l'appel de T._____ et l'appel de W._____ sont rejetés.

6. 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).

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 de T._____ et l'appel de W._____ sont rejetés.
- II.** Le prononcé est confirmé.
- III.** Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (six cents francs) sont mis à la charge de l'appelant T._____.
- IV.** L'arrêt motivé est exécutoire.

Le juge délégué :

La greffière :

Du 24 mars 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 :

- M. T. _____,
- Mme W. _____.

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 Lausanne.

La greffière :