

JUGE DELEGUE DE LA COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 10 mars 2015

Composition : M. PELLET, juge délégué
Greffier : M. Tinguely

Art. 273 CC

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **I.**_____, à Lausanne, intimée, contre l'ordonnance de mesures provisionnelles rendue le 17 février 2015 par la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne dans la cause divisant l'appelante d'avec **C.B.**_____, à Lausanne, requérant, le Juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal considère :

En fait :

A. Par ordonnance de mesures provisionnelles du 17 février 2015, la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne (ci-après : la Présidente) a admis partiellement la requête de mesures provisionnelles déposée le 27 juillet 2014 par C.B._____ (I), dit que C.B._____ pourra avoir ses enfants B.B._____ et D.B._____ auprès de lui selon les modalités suivantes : un week-end sur deux du vendredi à 11 heures 50 jusqu'au dimanche à 18 heures, le mercredi après-midi de la sortie de l'école jusqu'au jeudi matin à l'heure de l'école et durant la moitié des vacances scolaires, soit en particulier pour les vacances scolaires qui se déroulent du 21 février au 1^{er} mars 2015, dès le mercredi 25 février 2015 à 18 heures (II), dit que les frais et dépens de la procédure provisionnelle suivent le sort de la cause au fond (III), rejeté toute autre ou plus ample conclusion (IV) et déclaré la présente ordonnance immédiatement exécutoire nonobstant appel (V).

En droit, le premier juge a retenu qu'il se justifiait d'autoriser C.B._____ à avoir ses enfants B.B._____ et D.B._____ auprès de lui du mercredi à la sortie de l'école jusqu'au jeudi matin à l'heure de l'école, dès lors que ce changement ne devrait pas bouleverser les enfants qui ont été décrits, en particulier par leurs enseignantes et leur pédiatre, comme étant bien dans leur peau et bons élèves. Le premier juge a considéré que la disponibilité du père et ses projets constructifs en termes d'activités sportives pour leur temps libre justifiaient également sa prise en charge des enfants le mercredi après-midi. En revanche, pour le premier juge, il n'y avait pas lieu de changer de rythme quant au droit de visite durant le week-end, qui fonctionnait bien et permettait aux enfants de retrouver leur mère avant de repartir dans une nouvelle semaine d'école.

B. Par acte du 2 mars 2015, I._____ a interjeté appel contre cette ordonnance, concluant principalement à sa réforme en ce sens que C.B._____ pourra avoir ses enfants B.B._____ et D.B._____ auprès

de lui selon les modalités suivantes : un week-end sur deux du vendredi à la sortie de l'école jusqu'au dimanche à 18 heures et durant la moitié des vacances scolaires. Subsidiairement, elle a conclu à l'annulation de l'ordonnance et au renvoi de la cause au premier juge pour complément d'instruction et nouvelle décision dans le sens des considérants. Elle a en outre produit un bordereau de pièces et requis l'octroi de l'assistance judiciaire pour la procédure d'appel.

L'intimé 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. Le requérant C.B._____, né le [...] 1970, et l'intimée I._____ le [...] 1974, tous deux de nationalité suisse, se sont mariés le [...] 2007 devant l'officier d'état civil d'Aigle.

Deux enfants sont issus de cette union :

- B.B._____, née le [...] 2005, et
- D.B._____, né le [...] 2009.

2. Les parties vivent séparées depuis le mois d'avril 2010 et n'ont pas repris la vie commune depuis lors.

Leur séparation a tout d'abord été réglée par des mesures protectrices de l'union conjugale, puis, par des mesures provisionnelles, une demande unilatérale en divorce ayant été déposée par C.B._____ le 10 octobre 2012.

Dès le début de leur séparation, les parties ont rencontré des difficultés conjugales considérables, concernant en particulier la garde des enfants et le droit de visite. Compte tenu d'une situation intensément conflictuelle, leur séparation a été réglée par un nombre important de décisions judiciaires et la situation des enfants a fait l'objet d'interventions

de spécialistes pédopsychiatres et psychothérapeutes. Une curatelle de surveillance des relations personnelles a en outre été instituée en faveur des enfants, le Service de protection de la jeunesse (ci-après : le SPJ) ayant été désigné comme curateur.

La garde des enfants B.B. _____ et D.B. _____ a été confiée à la mère dès le début de la procédure des mesures protectrices de l'union conjugale, le requérant bénéficiant d'un droit de visite qui, depuis le mois de janvier 2013, s'étend durant la moitié des vacances scolaires ainsi qu'à raison d'un week-end sur deux, le vendredi de 11 heures 50 jusqu'au dimanche à 18 heures.

3. Par arrêt du 28 novembre 2013, confirmé par arrêt du 27 mai 2014 de la II^e Cour de droit civil du Tribunal fédéral, le Juge délégué de la Cour d'appel civile a arrêté à 2'000 fr. par mois, allocations familiales en sus, la contribution d'entretien mise à la charge, à titre provisionnel, de C.B. _____.

4. Par requête de mesures provisionnelles du 27 juillet 2014, C.B. _____ a pris, avec suite de frais et dépens, les conclusions suivantes :

« Le droit de visite de C.B. _____ sur ses enfants B.B. _____ et D.B. _____

s'exercera selon les modalités suivantes :

- un weekend sur deux du vendredi à la sortie de l'école au lundi matin à l'heure de l'école ;
- le mercredi après-midi de la sortie de l'école jusqu'au jeudi matin à l'heure de l'école ;
- durant la moitié des vacances scolaires. »

A l'appui de ses conclusions, C.B. _____ a notamment allégué que le droit de visite s'exerçait de manière régulière depuis le mois de janvier 2013 et à satisfaction. Il a exposé qu'il ressentait le besoin d'intensifier la relation qu'il entretenait avec ses enfants en les voyant plus, notamment le mercredi après-midi. Il a rappelé à cet égard qu'il était indépendant d'un point de vue professionnel, de sorte qu'il pouvait aménager ses horaires selon son bon vouloir, contrairement à l'intimée qui

devait travailler le mercredi jusqu'à 20 heures. Il a encore relevé qu'il était prêt à accompagner ses enfants à des activités extra-scolaires le mercredi après-midi, ceux-ci ayant exprimé ce souhait à leur père.

5. Le 18 décembre 2014, I._____ s'est déterminée sur la requête, concluant, avec suite de frais et dépens, au rejet des conclusions prises par le requérant. Elle a pris reconventionnellement, avec suite de frais et dépens, les conclusions suivantes :

« I.- C.B._____ pourra avoir ses enfants auprès de lui, à charge pour lui d'aller les chercher là où ils se trouvent et de les y ramener, un week-end sur deux du vendredi à la sortie de l'école au dimanche soir à 18h00.

II.- Pour le surplus, la convention passée le 13 décembre 2011 et ratifiée pour valoir prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale, aujourd'hui ordonnance de mesures provisionnelles, est maintenue pour le surplus. »

Dans ses déterminations, l'intimée a admis que le droit de visite s'exerçait de manière régulière et que la situation tendait à se stabiliser. Elle a remarqué qu'un équilibre avait pu être trouvé et que les enfants avaient retrouvé le calme et la stabilité qui étaient nécessaires à leur développement. Elle a toutefois relevé que toute interaction entre elle et le requérant, notamment pour le passage du droit de visite, se soldait par de vives tensions. Elle a expliqué à ce propos que le requérant ne lui adressait pas la parole et adoptait vis-à-vis d'elle une attitude glaciale, les enfants pâtissant de celle situation. Elle a encore indiqué que, lors du retour du droit de visite, les enfants étaient généralement remontés contre elle. Pour l'intimée, une modification de l'exercice du droit de visite aurait incontestablement pour effet de déstabiliser les enfants.

6. L'audience de mesures provisionnelles s'est tenue le 19 décembre 2014 devant la Présidente. Les parties se sont présentées personnellement, assistées de leur conseil respectif. La conciliation, tentée, n'a pas abouti. A l'occasion de cette audience, les témoins F._____, T._____ et Dr G._____ ont été entendus, ce dernier ayant indiqué avoir été valablement délié du secret médical.

Il ressort ce qui suit de la déposition de F. _____ :

« (...) Je suis l'enseignante de B.B. _____ depuis fin août 2014. J'ai été mise au courant de la situation familiale de B.B. _____ par la précédente enseignante tout récemment. (...) C'est une fille appréciée de ses camarades, toujours ponctuelle et qui fait toujours ses devoirs. Elle est d'humeur égale, très souriante. Cette semaine, B.B. _____ n'était peut-être pas tout à fait comme d'habitude. S'agissant des retours de week-ends je n'ai rien remarqué de particulier. (...) Cette semaine, extérieurement j'ai trouvé B.B. _____ plus pensive et moins souriante en arrivant le matin. C'est peut-être subjectif dans la mesure où j'étais au courant de la séparation et de l'audience à venir. (...) L'école a toujours été préservée du conflit parental. B.B. _____ est selon moi une bonne élève. Elle fait preuve de stabilité, n'a pas de changement d'humeur, ni de problèmes de comportement. Je n'ai jamais été mise au courant du litige s'agissant du droit de visite. Toutefois, je me suis renseignée pour savoir si B.B. _____ voyait son papa et j'ai appris que tel était le cas. »

Il ressort ce qui suit de la déposition de T. _____ :

« Je suis l'enseignante de D.B. _____. Il est mon élève depuis l'année scolaire 2013/2014. Il fait partie des élèves les plus jeunes de la volée, mais il est très appliqué. C'est un enfant qui a beaucoup d'imagination et qui est très amusant. Il a un caractère affirmé et est participant. Il ose dire les choses lorsqu'il a un avis à émettre. Durant ces deux années, l'humeur de D.B. _____ n'a pas changé. Je n'ai pas été mise au courant du conflit entre les parents dernièrement. J'ai été l'enseignante de B.B. _____ précédemment et c'est à ce moment que j'ai eu connaissance du conflit. S'agissant des retours de week-ends, je n'ai pas remarqué de différence de comportement d'une semaine à l'autre. (...) Je vois souvent la maman, presque quotidiennement. S'agissant du papa, je le vois tous les 15 jours le vendredi. (...) Lorsque le papa de D.B. _____ vient chercher son fils, il est tout à fait poli. C'est un papa « ordinaire ». Je n'ai jamais eu de souci avec ce dernier jusqu'à présent. Lorsque B.B. _____ a commencé sa scolarité, son papa m'avait expliqué la situation familiale, j'avais indiqué que j'étais désolée mais qu'en tant qu'enseignante, je souhaitais rester en dehors des problèmes familiaux. Je considère que depuis lors le champ de l'école a toujours été préservé par les deux parents. Je n'ai jamais été interpellée par le SPJ. (...) »

Il ressort ce qui suit de la déposition du Dr G. _____ :

«Je suis le pédiatre des deux enfants D.B._____ et B.B._____ depuis leur naissance. J'ai eu vent du conflit parental depuis 2010. J'avais du reste écrit une première fois au tribunal à cette époque. C'est depuis là qu'il y a eu des questions notamment autour la prise en charge par la grand-maman paternelle. Auparavant, je précise qu'il n'y a eu aucun souci avec ces parents. Après ces événements, j'ai pris la décision de voir les enfants régulièrement à raison d'un rendez-vous tous les trois quatre mois. J'ai noté une évolution positive. Je n'ai jamais rien constaté de spécial du point de vue du développement chez D.B._____, qui a toujours été un petit garçon plein d'humour. J'ai assisté à une progression très positive chez B.B._____ en ce sens qu'elle s'est ouverte, qu'elle est devenue confiante, qu'elle fait preuve d'humour alors qu'elle était autrefois plus introvertie. Je n'ai jamais eu de signe qui aurait pu m'inquiéter, je les aurais signalés si ça avait été le cas. (...) S'agissant de B.B._____, c'est au niveau de l'examen physique que les choses étaient difficiles. Mais son comportement a évolué favorablement. Cette évolution a commencé il y a deux ou trois ans. Aujourd'hui, les deux enfants sont tout à fait bien dans leur peau. Je rencontre généralement les enfants accompagnés de leur maman. Je n'ai pas eu de contact récent avec le papa. Les enfants, selon moi, ne semblent pas avoir besoin d'un autre suivi. Je n'ai jamais requis l'intervention de tiers pour ces enfants, à l'exception d'un traitement d'eurythmie curative car B.B._____ souffrait de constipation pendant une certaine période, mais il s'agit de quelque chose de tout à fait banal pour un enfant de son âge. Dans le cadre de ma consultation je n'ai pas eu d'inquiétude ; ils dorment bien, vont bien à l'école, ils sont joyeux. L'essentiel me paraît être les bons résultats à l'école, les enseignants ne m'ont jamais signalé quelque problème que ce soit; ce sont eux qui suivent les enfants au quotidien. »

7. Le 2 mars 2015, le Dr G._____ a délivré une attestation médicale établie à la demande I._____ qui fait état de ce qui suit :

« Le médecin soussigné atteste avoir constaté et noté dans mon (sic) dossier le 12 juillet 2013, lors de l'examen annuel de cette fillette (ndlr : B.B._____), combien elle avait gagné en confiance lors de l'examen physique et même pu manifesté de l'humour pour la première fois. J'ai appris lors de cette même consultation combien son insécurité et ses pics d'angoisse n'étaient plus qu'occasionnels. »

En droit :

1. a) L'appel est recevable contre les ordonnances de mesures 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), 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). Les ordonnances de mesure provisionnelles étant régies par la procédure sommaire, selon les art. 248 let. d et 271 CPC par renvoi de l'art. 276 CPC, le délai pour l'introduction de l'appel est de dix jours (art. 314 al. 1 CPC).

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

Un membre de la Cour d'appel civile statue comme juge unique sur les appels formés contre les décisions sur mesures provisionnelles (art. 84 al. 2 LOJV [Loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979; RS 173.01]).

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 c. 2 et les références citées). S'agissant des questions relatives aux enfants, la maxime inquisitoire illimitée (art. 296 al. 1 CPC) et, en sus, la maxime d'office (art. 296 al. 2 CPC) sont applicables.

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 (Tappy, op. cit., JT 2010

III 139), à tout le moins lorsque le juge de première instance a violé la maxime inquisitoire illimitée (Hohl, Procédure civile, Tome II, 2^e éd., Berne 2010, n. 2415 p. 438 ; JT 2011 III 43). Toutefois, l'application stricte de l'art. 317 CPC dans le cadre d'une procédure à laquelle la maxime inquisitoire s'applique ne saurait en soi être qualifiée de manifestement insoutenable, l'arbitraire ne résultant pas du seul fait qu'une autre solution serait concevable, voire préférable (TF 5A_342/2013 du 27 septembre 2013 c. 4.1.2).

b) En l'espèce, dès lors que la cause porte sur la situation d'enfants mineurs en droit matrimonial et qu'elle est régie par la maxime d'office et par la maxime inquisitoire illimitée, l'attestation médicale produite par l'appelante et établie par le Dr G. _____ le 2 mars 2015 est recevable.

3. a) L'appelante soutient que le premier juge aurait fait fi du bien des enfants en prolongeant de manière arbitraire le droit de visite de l'intimé. Il n'aurait ainsi pas tenu compte des nombreux conflits survenus entre les parties, qui auraient diminué seulement depuis l'instauration d'un droit de visite un week-end sur deux et la moitié des vacances scolaires. Le premier juge n'aurait en conséquence pas pris en compte le fait que le nouveau droit de visite ne ferait que compliquer l'organisation des enfants, qui ne le désirent d'ailleurs pas.

b) Les mesures provisionnelles dans le cadre d'une procédure en divorce suivent les règles applicables aux mesures protectrices de l'union conjugale (art. 276 CPC ; art. 172 CC [Code civil suisse du 10 décembre 1907 ; RS 210]). Selon l'art. 179 al. 1 CC, à la requête d'un époux, le juge ordonne les modifications commandées par les faits nouveaux. Les mesures provisionnelles sont par essence adaptables à l'évolution de la situation. Il faut toutefois des faits nouveaux, entraînant un changement important, durable et pertinent des circonstances de fait à la base du régime existant (Tappy, Quelques aspects de la procédure de mesures provisionnelles, spécialement en matière matrimoniale, JT 1994 III 34 ss).

Lorsque des époux ont des enfants mineurs, le juge règle les relations personnelles entre le parent non gardien et l'enfant en se fondant sur les dispositions régissant les effets de la filiation (art. 273 ss CC). Aux termes de l'art. 273 al. 1 CC, le parent qui ne détient pas l'autorité parentale ou la garde ainsi que l'enfant mineur ont réciproquement le droit d'entretenir les relations personnelles indiquées par les circonstances. Autrefois considéré comme un droit naturel des parents, le droit aux relations personnelles est désormais conçu à la fois comme un droit et un devoir de ceux-ci (cf. art. 273 al. 2 CC) ; il est cependant également considéré comme un droit de la personnalité de l'enfant qui doit servir en premier lieu l'intérêt de celui-ci (TF 5A_756/2013 du 9 janvier 2014 c. 5.1.2 ; TF 5A_716/2010 du 23 février 2011 c. 4 et les références citées, FamPra.ch 2011 p. 491 ; ATF 131 III 209 c. 5 ; ATF 123 III 445 c. 3b).

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).

c) En l'espèce, contrairement à ce que soutient l'appelante, le premier juge a pris en compte adéquatement les intérêts des enfants, en motivant sa décision. Il a d'abord considéré que la modification sollicitée par l'intimé n'allait pas bouleverser les enfants, s'agissant d'une extension du droit de visite du mercredi à la sortie de l'école jusqu'au jeudi matin à l'heure de l'école. Il s'est en outre fondé sur la plus grande disponibilité du père durant cette période, alors que l'appelante travaille du mercredi après-midi jusqu'à 20 heures, constatation que cette dernière ne remet pas en cause. Il s'est également fondé sur les témoignages des enseignantes des enfants et de leur pédiatre, selon lesquels l'évolution des enfants est favorable, de sorte qu'ils seront en mesure de s'adapter à

un changement, le père ayant par ailleurs des projets constructifs pour les occuper le mercredi après-midi.

Les objections formulées par l'appelante sur les risques présentés par les « fluctuations » du droit de visite et les tensions entre les parties sont insuffisantes pour remettre en question la solution dûment motivée du premier juge. Il apparaît en définitive que l'extension du droit de visite est dans l'intérêt des enfants, compte tenu de leur évolution favorable et des disponibilités des parents.

4. En définitive, l'appel doit être rejeté selon le mode procédural de l'art. 312 al. 1 CPC et l'ordonnance entreprise confirmée.

Dès lors que l'appel était d'emblée dépourvu de chances de succès, la requête d'assistance judiciaire formée par l'appelante doit être rejetée (art. 117 let. b et 119 al. 3 CPC). Il convient toutefois de rendre l'arrêt sans frais judiciaires de deuxième instance (art. 112 al. 1 CPC), aucune avance n'ayant par ailleurs été encaissée.

Il n'y a pas lieu à l'allocation de dépens, l'intimé n'ayant pas été invité à se déterminer.

Par ces motifs,
le Juge délégué de la
Cour d'appel civile du Tribunal cantonal,
p r o n o n c e :

- I.** L'appel est rejeté.
- II.** L'ordonnance est confirmée.
- III.** La requête d'assistance judiciaire de l'appelante I. _____ est rejetée.
- IV.** L'arrêt est rendu sans frais judiciaires de deuxième instance.

V. L'arrêt est exécutoire.

Le juge délégué :

Le greffier :

Du

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié à :

- Me Gloria Capt (pour I. _____)
- Me Pierre-Yves Brandt (pour C.B. _____)

Le Juge délégué de la Cour d'appel civile considère que l'appel porte sur une cause non patrimoniale.

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

Le greffier :